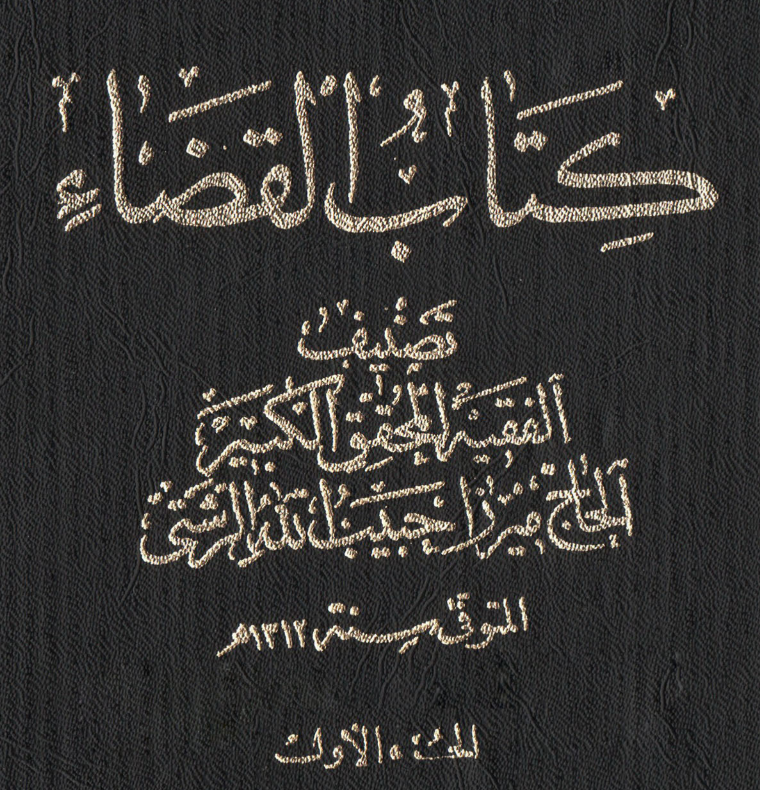

كتاب القضاء
تصنيف
الفقيه المحقق الكبير
الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي
المتوفى سنة ١٣١٢ هـ
الجزء الأول



كتاب القضاء

تـأليف

الفقيه المحقق والاصولى المدقق

الحاج ميرزا حبيب الله الرشتى

(١٢٣٤ - ١٣١٢)

(الجزء الاول)

تحقيق

السيد احمد الحسينى

من منشورات

دار القرآن الكريم

(قم ـ ايران)

مطبعة الخيام ـ قم

(١٤٠١ هـ)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الانبياء والمرسلين ، محمـد سيد الاولين والاخرين . وعلى آلـه وذريته الطيبين الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم الى يوم الدين .



الاسس القضائيـة في التشريع الاسلامي تتباين كثيراً عـن الاسس الموضوعة للقضاء في القوانين الوضعية المستقاة من القوانين الغربية الحديثة المعمولة في أكثر البلدان الاسلامية ، فان الاسلام قد اشترط في القاضي والمقضي فيه والمقضي له وفي المواد القضائية شروطاً كثيرة تعنى بالتهذيب النفسي والتربية الروحية أكثر من العناية بالجانب المادي ، ولو أنه لم يهمل ابداً الجانب المادي ايضاً بل يهتم به الى حـد معقول من الاهتمام اللازم .

الاسلام يحاول في تشريعاته الفقهية وتعاليمه الاخرى ان يوجد وازعاً دينياً اخلاقياً في ضمير الانسان ودخيلة نفسه ، يدفعه في اعماله واقواله وحتى في نياته الى الخير والسلام وحفظ المصالح العامة والخاصة، ولايكتفي بوضع مراقبين على أعماله وتصرفاته وسن قوانين جافة تحد من جموح هواه وشهواته ونزواته المتغلبة في كثير من الاحيان على عقلـه وفكره السليم .

انه يربيه تربية صالحة يحس دائماً في قرارة نفسه انه محاسب على مايصدر منه من قبل علام الغيوب والمطلع على الخفيات والسرائر، وهو بهذا يرتدع بنفسه عما يخالف الشرع الحنيف والقوانين الدينية الالهية ، وتسير الامور في المجتمع المتدين سيراً مستقيماً لاتقعيد فيه ولاانحراف ولاتعد على الحقوق ولا اجحاف .

لقد دلت التجارب على ان سن القوانين وحدها ووضع مراقبين على اعمال الناس لايكفيان في الحد من الفجائع التي تعتري البشرية ، فان بلاد أراقية في تشرياتها تعاني الويلات الاخلاقية والاجتماعية لانها اتكأت على القانون الموضوع من قبل أناس ليس لهـم طريق الى الضمائر ولم يفتحوا لتربية الوجدان البشري أي حساب .

ان الانسان لو لم يحس من نفسه رادعاً يحاسبه على اعماله وكـل صغيرة وكبيرة تصدر منه . لم يمنعه شيء قط من الاقدام على ماتمليه عليه مآربه ومصالحه الخاصة، فهو يسعى دائماً في أن يسدل الستار على اعماله المخالفة . فربما ينكشف ويفتح ويؤاخذه القانون ولكن كثيراً مالاتعرف خفايا اعماله وتبقى تبعاتها وبالا على المجتمع .

وحتى واضع القانون نفسه لو لم يحكم عليه الدين الذي يدفـع وجدانه الى الاستقامة ويحيي فيه ضميره الانساني، لحاد هذا المقنن عن الطريق المستقيم واقدم على وضع قوانين تجحف بحقوق المستضعفين، ولذا نرى الدول الاستعمارية ترتكب المآسي اللاانسانية ثم تحاول في قوانينها تبرير هاتيك الاعمال وخنق الاصوات وقتل الحريات وتسمى ماتفعله باسم العدالة القانونية والدفاع عن الحقوق .

من هنا حاول الاسلام ـ كما قلنا ـ ان يوجد في الانسان نفسه وازعاً يمنعه عن ارتكاب المآثم والجرائم قبل ان يحاول وضع مراقبين على

اعماله، ذلك لانه اراد استئصال الفساد من الجذور وتربية الانسان على حب الخير والصلاح والاستقامة في افعاله واقواله وخطرات قلبه.

فالقضاء الاسلامي له اسسه الخاصة التي تعنى بتربية الضمير والوجدان قبل العناية بالرقيب الظاهري ، وتوقظ فيه الشعور بالمسؤولية أمام الله تعالى والدين ، وتوجهه توجيهاً صحيحاً الى واجباته تجاه الاخرين من القريب والغريب. ويكفي للتدليل على ماقلناه مااشترطه الفقهاء في القاضي أن يكون عادلا، فان العدالة معناها هنا حفظ النفس عن الجور في القضاء وعدم التعدي في الاموال والانفس وغض الطرف عن الاعراض والنواميس ... وهذا الشرط له مدلوله الروحي الخاص في البضط عن كثيرمن الانحرافات التي تصيب القضاء لولاه .

*

وفي هذا الوقت الذي يمر بلادنا فيه بتجربة لتطبيق الاسلام ، يحس أكثر من ذي قبل بضرورة تجديد المعالم الاسلامية واحيائها في مختلف المستويات وبشتى الاشكال العلمية، من التدريس والتنقيب والكتابة والتأليف ونشر المؤلفات القيمة من آثار أعلامنا الماضين .

لاتتركز دعائم دولة اسلامية الا بعد بث معارفه الصحيحة الخالصة عن الشوائب في المجتمع وبين الشعب ، فان بث المعارف الاسلامية هو الطريق الانجع لتربية مؤمنين مركزي الايمان يقفون اطواداً راسخة امام الزيغ والكفر لاتزلزلهم العواصف الهابة من وراء حدود بلاد المسلمين .

ولقد احسن فقيه العصر المرجع الديني الورع سماحة آية الله العظمى السيد محمد رضا الكلبايكاني دام ظله الوارف ، اذ بدأ بتدريس القضاء على المستوى الفقهي الرفيع في الحوزة العلمية بقم لتنشئة فقهاء

مجتهدين في القضاء الشرعي وتدريبهم على مسائله وفروعه .

والى جانب تدريسه .. أدام الله ظله .. أبدى رغبته الاكيدة في احياء بعض المؤلفات الهامة في الموضوع لاعلام الفقهاء السابقين .. قدس الله أسرارهم ـ كي تتوسع آفاق طلاب العلوم الدينية ويقفوا على اكثر ما يمكن الوقوف عليه من الاراء والنظرات الفقهية .

وكان من المؤلفات المختارة بهذا الصدد «كتاب القضاء» الذي ألفه الفقيه الجليل المحقق البارع شيخنا المقدس الميرزا حبيب الله الرشتي ـ تغمده الله برحمته ورضوانه ـ وهو كتاب جليل يعتني بالاستدلال للمسائل والفروع عناية تامة ويبحث فيها بحوثاً بارعة تدرب الطالب الحوزوي على التعمق في التفكير الفقهي والخروج عن السطحية في الاستنباط والاجتهاد .

وقد امرني سماحته باعداد هذا الكتاب للطبع وتصحيحه واخراجه بالشكل اللائق بالذوق العصري ، وانا اذ امتثل امره المبارك واقوم بهذا الجهد ارجو ان اقدم خدمة للحوزة العلمية تسد بعض ما احسه من الفراغ فيها .

والله تعالى المسؤول في ان يسدد خطانا ويجعل اعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، انه جل شأنه خير من سئل وافضل من اعطى .

قم : أول شهر رمضان المبارك ١٤٠١هـ

السيد أحمد الحسيني

ترجمة المؤلف

الشيخ ميرزا حبيب الله الرشتى

(١٢٣٤ - ١٣١٢)

الشيخ ميرزا حبيب الله بن الميرزا محمد علي خان بن اسماعيل خان بن جهانكير خان القوچاني الرانكوئي الگيلاني الرشتي .

عالم مؤسس ومحقق مدقق ، من أكابر علماء عصره وأساتذة فقهاء أوانه المشاهير .

كان أصل أسرته من « قوچان » الا أن بعض السلاطين الصفوية ألزمهم

(*) هذه الترجمة مقتبسة من نقباء البشر ١/ ٣٥٧ – ٣٦٠ واعيان الشيعة ٢٠/ ٩٥ - ١٠٢ . وانظر أيضاً للتوسع : معارف الرجال ١/ ٢٠٤ . ريحانة الادب ٢/ ٣٠٧ ، احسن الوديعة ١/ ١٣١ . تكملة نجوم السماء ٢/ ١٣٨ ، لباب الالقاب ص١١٢ ، معجم المؤلفين ٣/ ١٨٨ . علماء معاصرين ص٥٠ .

بالنزول الى « رانكوى » من قرى كيلان رشت ، ودفاتر أملاكهم من لدن عصر الصفوية الى عصرنا موجودة .

وكان والد المترجم من أعاظم الملاكين والاعيان المتمكنين ، ومن العرفاء الصلحاء وأهل الباطن والصفاء ، وقد رأى في ولده هذا منامات صادقة قبل ولادته وبعدها تشعر بأنه يصير عالماً ، وقد تفرس فيه بعد نشؤد وتأكد بعض التفاؤلات فيه ، فعزله عن اخوته وأحضر له معلماً في بيته يتعهد تربيته وتعليمه الى أن بلغ من العمر حدود ثمانية عشر عاماً . فبعثه الى « قزوين » لتكميل اشتغاله وهيأ له أسباب الرفاه ولوازم العيش وعين له زوجة من عشيرة « أرباب » المعروفة هناك بالشرف .

بقي في « قزوين » مشتغلا على العلامة المولى عبدالكريم الايرواني ، حتى صدرت له منه الاجازة وهو ابن خمس وعشرين سنة في الهجرة الى « النجف الاشرف » جامعة العلم والدين الكبرى وموئل العلماء من مختلف الاقطار الاسلامية .

هاجر الى « النجف » بأهله ودخلها قبل وفاة الفقيه الاكبر الشيخ محمد حسن النجفي (صاحب الجواهر) بثلاث سنين . فحضر بحثه يوماً فعرضت له شبهة عرضها عليه ولم يسمع منه جواباً وتكلم فيها بعض التلاميذ ، ثم قيل له : ان كشف شبهاتك عند الشيخ المرتضى الانصاري . فقصده وعرضها عليه فأجابه الشيخ وأبان له الفرق بين « الحكومة » و « الورود » .

بهت شيخنا المترجم حيث سمع اصطلاحاً جديداً لم يطرق آذانه ، فقال له الشيخ المرتضى: ان اشكالك لايرتفع الا بالحضور عندي مدة أقلها شهرين .

وكان المترجم اذ ذاك عازماً على الرجوع الى « قزوين » ، ولكنه أعرض عن الرجوع وحضر بحث الشيخ فرآه بحراً لايبلغ قعره ولاينال دركه ، فعزم على الاقامة بالنجف والاستفادة من درس الشيخ .

بقي مشتغلا في الحوزة العلمية بغاية الجـد والاجتهاد في الفقه والاصول ملازماً لاستاذه المذكور ومقتبساً من أنواره ومغترفاً من بحارعلومه ، ومما يؤثر عنه قوله : « مافاتني بحث من أبحاث الشيخ منذ حضرت بحثه الى يوم تشييعه مع أني كنت مستغنياً عن الحضور قبل وفاته بسبع سنين » .

ولما توفي الشيخ المرتضى انتهى أمر التدريس الى المترجم له ، فكانت حوزته تعد بالمئات ، وأكثرهم من شيوخ العلماء وأفاضل الفقهاء والمجتهدين ، ولم يكن في زمانه أرقى منه تدريساً وأكثر نفعاً ، حتى أن أكثر العلماء المشاهير الذين نبغوا بعده في سائر المناطق الشيعية قد تخرجوا عليه وأخذوا عنه ، وكان مجلس درسه محتوياً على أصناف العلماء من العرب والعجم من المحققين في الفقه والاصول والمعقول والمنقول وغيرذلك . لانه كان وحيد عصره في ابتكار الافكار الحسنة والتحقيقات المستحسنة وحلاوة التعبير ورشاقة البيان .

هذا ماكان من جهة علمه ، وأما ورعه ونسكه وزهده فهو مما لايحده القلم ولا يصفه البيـان ، فقد كان في غاية الورع والتقوى والزهد عن حطام الدنيا ، وكان سليم الذات صافي النيـة بسيطاً للغاية أعرض عن الرئاسة كل الاعراض ، ولذا لم يقلد ولم تجب اليه الاموال ، وانما كانت المرجعية التقليدية والزعامة الروحية لمعاصره وشريكه في الدرس عند الشيخ الانصاري. وهو السيد الميرزا محمد حسن المجدد الشيرازي نزيل سامراء . ولم يرض أن يقلده أحد لكثرة

تورعه في الفتوى وشدة احتياطه فيها ، ولم يتصد للوجوه ولم يقبلها من أحد .

وقد كان معاشه يأتيه من والده أيام حياته ، وبعد وفاته استحضره اخوته لتقسيم الاموال والاملاك الكثيرة . فلما رأى تكالبهم عليها وتفانيهم دونها أعرض عنهم وعاد الى « النجف » منصرفاً عن استحقاقه ، فانقطع معاشه الى سبع سنين باع خلالها كل ما كان يملكه من الاسباب واستقرض ماوسعه القرض . حتى لقد عجز عن شراء الماء في بعض الايام . فتشرف أخوه الميرزا نصر الله خان الى الزيارة ، فرأى وضعه وقرر له معاشاً يسيراً الى سبع سنين .

ويقال انه قبل شيئاً ذات مرة من العلامة الشيخ جعفر التستري وأخرى من آخر ، ولما توسعت حاله صرف قدرهما على الفقراء .

وأما عبادته فقد حكي أنه ماطلع الفجر عليه وهو نائم منذ بلغ الحلم ، وقد قضى فرائض والديه ثلاث مرات ، مرة تقليداً ومرتين اجتهاداً .

قال تلميذه سيدنا الحسن الصدر في « التكملة » : انه كان شديد الاحتياط دائم العبادة مواظباً على السنن كثير الصلاة والصمت دائباً في العبادة حتى في السفر ، فهو في جميع عمره حتى في أوقات خروجه الى الدرس كان مشغولا بالعبادة ، وكان من الزهد في جانب عظيم ، وكان دائم الطهارة . تخرج على يده مئات من العلماء ، ولم يكن في زمانه أوفى تدريسا منه . وله التدريس العام المشتمل على أصناف العلماء .

له تصانيف كثيرة نافعة تموج بالتحقيقات ، منها :

١ ـ تقريرات بحث الشيخ الانصاري فقهاً وأصولا .

٢ ـ بدائع الاصول ، في اصول الفقه مطبوع .

٣ ـ مقدمة الواجب ، رسالة مبسوطة .

٤ ـ المشتق ، رسالة مطبوعة .

٥ ـ الأجزاء .

٦ ـ المفهوم والمنطوق .

٧ ـ التعادل والتراجيح .

٨ ـ اجتماع الامر والنهي .

٩ ـ حاشية المكاسب .

١٠ ـ شرح شرائع الاسلام ، خرج منه مجلدات في الطهارة والصلاة والزكاة وبعض كتب أخرى غير تامة .

١١ ـ خلل الصلاة .

١٢ ـ كتاب التجارة .

١٣ ـ كتاب الغصب .

١٤ ـ كتاب القضاء والشهادات .

١٥ ـ كتاب الوقف والرهن واللقطة .

١٦ ـ كاشف الظلام في علم الكلام ، فارسي في أصول الدين .

١٧ ـ الامامة ، رسالة مبسوطة .

١٨ ـ حاشية تفسير الجلالين .

خلف ثلاثة أولاد علماء فضلاء : أكبرهم الشيخ محمد المتوفى سنة ١٣١٦، ثم الشيخ اسماعيل المتوفى سنة ١٣٤٣، ثم الشيخ اسحاق المتوفى سنة ١٣٥٧.

توفي رحمه الله ليلة الخميس رابع عشر جمادى الثانية سنة ١٣١٢ ، ودفن وراء شباك الحجرة الواقعة على يسار الداخل الى الصحن العلوي الشريف من باب السوق الكبير ومرقده مزار للرواد .

وقد رثاه جماعة من الشعراء ، منهم الشاعر المعروف السيد جعفر الحلي ؛ فقال يرثيه ويعزي عنه ابن امام الجمعة بطهران الذي قد أقام له مجلس الفاتحة :

علىٰ م دموع أعيننا تصوب ... اذا لحبيبه اشتاق الحبيب

أصابك يا حبيب الله حتف ... أصيب به القبائل والشعوب

أقم ، والله جارك في ضريح ... موسدة به معك القلوب

ألا لاحان يومك فهو يوم ... على دين الهدى يوم عصيب

نظرت بنور ربك كل غيب ... فكانت نصب عينيك الغيوب

ترى العلماء حشداً واحتفالا ... لتعلم كيف تسأل أو تجيب

سترت عيوب هذا الدهر حيناً ... فبعدك ملء عيبته عيوب

وكنت بقية الحسنات منه ... فبعدك كل مافيه ذنوب

نشرت العلم في الافاق حتى ... طوى اضلاع شانئك الوجيب

تساقط حكمة فتطير فيها ... الى الناس الشمائل والجنوب

قضيت العمر في تعب وجهد ... وما نال المنى الا التعوب

فلم يرقدك عن علم شباب ... ولم يقعدك عن عمل مشيب

وتترك ما يريبك كل حين ... مجاوزه الى ما لا يريب

أرواد العلوم ألا أقيموا ... بيأس ان مرتعه جديب

فقد والله قشع عن سماد ... ضحوك البرق وكاف سكوب

ألا يا دهر هذا منك خطب ... علينا فيه هونت الخطوب

فبعد صنيعك ارم فلا نبالي ... أتخطئنا سهامك أم تصيب

فيا صبراً امام الناس صبرا ... فكل الناس مثلك قد أصيبوا

لقد صدق المخيلة منك بشر ... يلوح وراءه كرم وطيب

وبشر سواك كان له شبيهاً سراب القاع والبرق الخلوب
لقد كرمت طباعك في زمان به كرم الطباع هو العجيب
أقول لمن يحاول أن يباري علاك وغرد الامل الكذوب
نعم ستنال ماتبغي ولكن اذا ماعاد للضرع الحليب

وقال ايضاً مؤرخاً عام وفاته رحمه الله :

بكته الملة الغرا فأرخ بكى لحبيبها الشرع الشريف

العمل في الكتاب

لقد قابلنا هذا الكتاب وصححناه على :

١ ـ نسخة سماحة آية الله السيد مصطفى الحسيني الخونساري ، وهي بخط والده المغفور له آية الله السيد احمد الحسيني الخونساري، وكانت في مجموعة معها القسم الفقهي من كتاب «الاقتصاد الهادي الى سبيل الرشاد» للشيخ الطوسي وجاء في آخرها :

« لقد وقع الفراغ من نسخ هذا الكتاب الشريف بتوفيـق الله وعونه بيد العبد الاثم أقل السادة احمد بن محمد رضا الحسيني في يوم السابع من ربيع الثاني من عام الخامس والاربعين وثلاثمائة بعد الالف . . » .

وهذه النسخة تامة الا أنها لاتخلو من بعض الاغلاط والتحريفات .

٢ ـ نسخة فضيلة العلامة الشيخ رضا الاستادي ، وهي من أول الكتاب الى

مايقرب من ثلثه ، وهي مصححة مقابلة جيـدة عليها تملك الشيخ اسحـاق ابن المؤلف ولعله هو الذي قابلها وصححها .

* * *

هذا وقد رأينا أن نصحح الاخطاء الادبية التي قد سبقت الىقلم المؤلف ، ولكن لم نرتكب ذلك كلما وجدنا لها مخرجاً وتأويلا من قواعد العربية .

كما رأينا أن نضيف في الكتاب عناوين من عندنا تعين القارىء على معرفة كل مقطع من الموضوع ، وقد جعلناها بين معقوفتين هكذا [ ] ليتمايز ماوضعناه نحن عما هو من أصل الكتاب .

وقد أعاننـا مشكوراً سماحة العلامـة الجليل الشيخ محمد علي أحمديان الاصبهاني في تخريج الاحاديث ، وبعمله هذا يسر علينا بعض الوقت وزاد في قيمة الكتاب العلمية .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين ...

(الصفحة الاولى من نسخة الخونساري)

من تركة الزوج بين الاخ والزوجة وهذا الحكم من الاصحاب يهدم جزئيا من جزئيات ما ذكروه في باب الارث في مسألة الغرقى
والمهدوم عليهم من الحكم بالاصابتين عند الاشتباه لتقدم موت احد المتوارثين وطرح العلم الاجمالي في غير [illegible]
المشتبهين اعني الغرقى والمهدوم عليهم [illegible] يظهر من بعض مشايخنا ان ما ذكره الاصحاب هناك وهنا [illegible]
انما هو بعد احتمال تقارن الموتين او علم السبق مع الجهل [illegible] في السابق [illegible]
فيما [illegible] من مخالفة العلم الاجمالي الا انه [illegible] كما انهم هنا [illegible] باب الميراث على فرض تجدد
كيف كان [illegible] ما ذكرنا [illegible] الاصحاب [illegible] بارث احد من الام والابن عن الآخر بعد [illegible] للاخ والزوج
[illegible] بان [illegible] الزوج على عدم موت الولد [illegible] الاخ على عدم موت الام [illegible]
تركة الام نصفين [illegible] وبكون تركة الابن لابيه

لقد وقع الفراغ من نسخ هذا الكتاب الشريف [illegible] السادة احمد بن محمد رضا الحسيني
في يوم السابع من ربيع الثاني من عام الخامس [illegible] بعد [illegible] الالف والحمد لله
رب العالمين والصلوة على نبيه خاتم النبيين وآله الاصفياء
الطاهرين والاوصياء المعظمين من الآن
الى قيام يوم الدين

(الصفحة الاخيرة من نسخة الخونساري)

بسم الله الرحمن الرحيم

(الصفحة الاولى من نسخة الاستادي)

ثم التمهيد فيسقط اذا كان الاخذ موقوفا بنفي الرد ثم تحقق نسبة الاخر لزم التسلسل

لان الكمال ايضا يحتاج الى كمال

اخره والله العالم

(الصفحة الاخيرة من نسخة الاستادي)

كِتَابُ الْقَضَاءِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين . ولعنة الله على أعدائهم أجمعين الى يوم الدين .

(كتاب القضاء)

ومقاصده ثلاثة :

الاول : في القاضي وصفاته .

الثاني : في كيفية القضاء .

الثالث : في أحكام الدعاوي .

المقصد الاول

(فى القضاء)

القضاء في اللغة لمعان كثيرة ، منها ماهو المراد به في المقام ، أعني الحكم والالـزام .

وفي عرف الفقهاء عبارة عن ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى .

ويدل على شرعيته في الجملة الادلة الاربعـة ، من الكتاب آيات كثيرة ، أوضحها دلالة قوله تعالى في سورة ص « ياداود انا جعلنـاك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولاتتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله »[1] دلت صريحاً على شرعيـة الحكم بين الناس ، بمعنى فصل الخصومـات الواقعـة فيما بينهم وقطع المنازعـات ، لان الحكم بين الناس لامعنى له سوى الحكومـة بالمعنى المبحوث عنه ، أعني فصل الخصومات ، وبه امتاز عن سائر آيات الحكم في الذكر ، لانهـا انما تدل على الحكم بما أنزل الله ، وهو غير صريح بالمعنى

(١) سورة ص : ٢٥ .

المقصود ، أعني الالزام ، لان الحكم بما أنزل الله عبارة عن الاخبار به ، وهو لايستلزم شرعية الالزام والحكومة التيهيمن شعبالرئاسة . ولذا كان المرجع فيه عند الشك هو أصالة العدم ، بخلاف الحكم بمعنى الاخبـار بما أنزل الله ، فان الاصل فيه اما الوجوب فافهم أو الاباحة كما تأتي الاشارة الى ذلك .

[وجوب الحكم بالحق وجوازه]

ثم مدلول الايـة الشريفة يحتمل وجوب الحكم بالحق وجوازه ، على أن يكون رفعاً للحظر المتوهم أو المحقق ، وعلى الاول يحتمل وجهين أيضاً :

(الاول) أنيكون الوجوب متعلقاً بالمقيد خاصة ،أعني كون الحكمبالحق، فالمعنى أن المتفرع على الخلافة والمتوقف عليها وجوب كون الحكم بالحق وعدم متابعة الجور (الهوى) ، فلايدل حينئذ على وجوب أصل المقيد ـ أعني الحكم ـ بليكون في المعنى نظيرقوله تعالى«ان الله يأمركم أنتؤدوا الامانات الىأهلها واذا حكمتم بينالناس أن تحكموا بالعدل»[1]فيكون حال أصلالحكم في حق الخليفة وغيره من حيث الجواز والوجوب والتحريم مسكوتاً عنه .

نعم يدل على جواز أصلالحكم القدرالمشترك بين الوجوب وغيره مهملة لامطلقة ، لان وجوب القيد يقتضي جواز المقيد في الجملة .

فان قلت : لامعنى لتفريع كون الحكم بالحق على الخلافة . لان الحكم بخلاف الحق لايجوز لاحد ، فوجوب كون حكم الحاكم اذا حكم على نهج الحـق ليس من خواص كون الحاكم خليفة . لان وجوبه عقلي ناش من قبح الجور والافتراء .

قلت : نعم لكن لما كان وجوبه في حق الخليفةآكد منه فيحق غيره جعل

(١) سورة النساء آية ٥٧ .

الاية من متفرعـات الخلافة ، وهذا مثل قول القائل لامام الجماعة : أنت امام الناس فاخضع في صلاتك . فان الخضوع والخشوع في الصلاة أمر مرغوب اليه في حق كل مصل الا أنه مؤكد في حق الامام ، بل في حق المقربين مطلقاً على حسب مقدار قربهم .

(الثاني) أن يكون المتفرع على الخلافة أصل وجوب الحكم المقيد ، فيدل حينئذ على عدم وجوبه لغير الخليفة ، وأما عدم الجواز فلا .

وعلى الثاني ـ أعني كون مدلول الاية جواز الحكم بعد الخلافة نظراً الى ورود الامر به ـ مقام رفع الحظر يدل على عدم الجواز لغير من يكون خليفة من جانب الله ، فالاية حينئذ دليل لفظي على عدم شرعية القضاء لغير الخلفاء زيادة على الاصل المشار اليه . فاحفظ ذلك تنتفع به . والله العالم .

التقاط

[مايعتبر فى القاضى]

يعتبر في القاضي أمور اتفاقية وأمور خلافية :

ومن الاولى العدالة

التي هي أخص من الايمان الذي هو أخص من الاسلام .

قال في الشرائع : ويدخل فيها الامانة وفعل الواجبات .

وفي هذه العبارة شائبة اجمال ، لانه ان أراد بالامانة ضد الخيانة فحسن . لكن يشبه بايضاح الواضحات لمن عرف من مفهوم العدالة شيئاً مع أن تخصيصه بالذكر بين سائر الكبائر مع كونها من الافراد الواضحة الجلية يخلو عن الفائدة . وان أراد بها أمراً زائداً عن مفهوم العدالة في سائر المقامات مثل ترك استعمال

الحيل الشرعية الذي لايوجب فسقاً في غير المقام ، ففي اعتباره هنا في القاضي تأمل أو منع .

والظاهر أنه نوع تعريض على من جمع بين العدالة والامانة ، وان ذكر العدالة يغني عن ذكرها بناءاً على ارادة قصد الخيانة ، كما يشعر به ذكره بعد الفراغ عن ذكر مايعتبر في العدالة .

ويمكن أن يقال أيضاً بأن وجه التخصيص هو كونها أمراً وجودياً بعد الايمان من بين مايعتبر في ماهية العدالة، بخلاف غيرها فانها أمور عدمية ، ولهذا أردفه بفعل الواجبات ، لانه أيضاً مثله في الوجودية ــ فافهم .

ومن الامور الاتفاقية الاستقلال بالفتوى

يعني كون الحاكم صاحب ملكة الاجتهاد وقوة استنباط الاحكام كلا أو بعضاً، على الخلاف في مسألة التجزي .

وقد صرح بالاتفاق على اعتبارهما مثل صاحب المسالك ممن يعتبر منه نقل الاجماع لكمال خبرته واطلاعه .

واستدلوا عليه بمادل على اعتبار العلم في القاضي وان التقليد ليس بعلم كما لايخفى . لكن بعض أساطين متأخري المتأخرين ــ كالمحقق القمي على مانقل عنه في جواب سؤاله ، وبعض من عاصرناه من مشائخنا اكتفى في العلم بمجرد التقليد . فصرح بجواز قضاء المقلد .

وقبل تنقيح المسألة لابد من تأسيس الاصل وتحرير محل النزاع ، فنقول:

أما الاصل فقد أشرنا الى أنه يقتضي المنع . لان سلطنة الشخص على الزام شخص آخر ــ ولو فيما يقتضيه تكليف ذلك الشخص فضلاً عما لايقتضيه تكليفه ــ أمر وضعي مختص بمن له السلطنة المطلقة ذاتاً ، أعني المولى الحقيقي

جل اسمه ، أو بمن جعله سلطاناً من طرفه وخليفة عن جانبه كالنبي والوصي ، فحيث شككنا في ثبوتها فالاصل المحكم فيه هو العدم كسائر الاحكام الوضعية .

ومن هنا يعلم أن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر على وجه يباح به معه مقاتلة فاعل المنكر مثلا أمر على خلاف الاصل الاولي ، ولو قيل بأنه من المستقلات العقلية ، لان استقلال العقل بذلك لاينافي الشك في ثبوته لاحاد الناس ، والرجوع الى الاصل في مورد الشك .

ودعوى عدم تعقل الشك في الاحكام العقلية ، مدفوعة بأن الغير المتعقل انما هو الشك في موضوع حكم العقل لافي تشخيص مصاديقه ، فان حكم العقل بقبح تناول المضر لاينافي الشك في قبح شيء باعتبار الشك في كونه مضراً ، فحكم العقل بوجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بمعنى لابدية قيام شخص بذلك لاينافي الشك وعدم العلم بخصوص من يقوم به .

لكن الانصاف أن الامر بالمعروف ـ على تقدير حسنه العقلي لزوماً أو رجحاناً ـ ثابت في حق كل مكلف . نعم الزام الشخص فيما لايقتضيه تكليفه الذي ستعرف أنه المراد من القضاء المصطلح من المستقلات التي لم تثبت الا في الجملة ، بمعنى استقلال العقل بوجود فاصل للخصومات والمنازعات حفظاً للنوع عن الاختلال والحرج والضياع والفتنة والفساد . وأما أن الفاصل من هو وكم هو فليس للعقل اليه سبيل كما لايخفى ، فيكون الجهل بخصوص القائم بالفصل مع الاستقلال بأصل وجوده كالجهل بقبح الشيء للشك في كونه مضراً .

وأما محل النزاع فقد ظهر مما ذكرنا في تأسيس الاصل ، وحاصله : ان الالزام قد يكون فيما يقتضيه تكليف الملزم عليه وقد يكون في غير مايقتضيه تكليفه :

أما الاول فهو خارج عن مسألة القضاء المبحوث عنها ، بل هو يرجع الى

الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، بناءاً على اختصاصه بما هومعروف ومنكر في نظر الفاعل لافي نظر الامر حتى يندرج فيه مسألة ارشاد الجاهل، على ماصرح به بعض أجلاء المتأخرين ، والافيكون دائرة الامر بالمعروف أوسع من الالزام فيما يقتضيه التكليف وأما هو فأخص مطلقاً كما لايخفى .

فظهر أن المقصود بالبحث فيما نحن فيه هو الزام الشخص في غير مايقتضيه تكليفه ، مثل أن يكون الشخص معتقداً لبطلان مقالة الشخص فيحكم عليه بخلاف المعتقد وخلاف مايقتضيه تكليفه ، لان القضاء المبحوث عنه ليس الا ذلك .

وأكثر موارد القضاء من هذا القبيل ، حتى الحكم بالبينة التي يجب على جميع المكلفين ترتيب آثارها مدعياً ومنكراً وغيرهما، لان العمل بها انمايجب في صورة الشك والجهل ، فالزام المنكر المعتقد بكذب البينة مثلا الزام بغير مايقتضيه تكليفه .

نعم قد يقال : ان الحكم في صورة الشك - أي شك من قام عليه البينة مثلا - الزام بحسب التكليف ، لكن يمكن منع كون ذلك من باب القضاء بل من باب الامر بالمعروف ، نظراً الى أن مجرد قيام البينة في حق الشاك يوجب العمل بمقتضاها من غير ضم حكم الحاكم ، فحكم الحاكم يشبه الامر بالمعروف.

الا أن يقال : ان الالزام على وجه الامر بالمعروف لايستتبع على مايترتب على القضاء من الاحكام ، فارجاع القضاء هنا الى ذلك لاوجه له ، بل الوجه أن القضاء كما يكون بمالايقتضيه تكليف الملزم عليه كذلك يكون بمايقتضيه تكليفه وأما انه لابد أن يكون من قبيل الاول فلا .

وهذا يكفي في الفرق بينه وبين الامر بالمعروف ، فانه لايكون الا في الثاني، فالقضاء أعم من وجه مورداً ، ومرجعه في صورة الاجتماع اجراء حكم الله الكلي في حق المحكوم عليه والزام جزئيته عليه . والله العالم . وان كان مرجع

الامر بالمعروف في تلك الصورة أيضاً ذلك ، الا أن هذا الالزام اذا صدر من الحاكم على وجه الحكومة تأكد به وجوب الالتزام على المحكوم عليه .

وتوضيح ذلك وحقيقة الفرق بين الامر بالمعروف والقضاء هو أن الالزام على وجـه الامر بالمعروف لايزيد في تكليف الملزم عليه شيئاً على مايقتضيه أدلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر من الالتزام بخلاف الالزام على وجه القضاء . فانه سبب لوجوب الالتزام بما الزم ، سواء طابق تكليفه أم خالف . وبعبارة أخرى سواء كان الملزم به لازماً في حق الملزم عليه مع قطع النظر عن الالزام أم لا ، فالملزوم والالتزام سبب للالزام على وجه الامر بالمعروف ومسبب عن الالزام على وجه القضاء . ولازمه تأكد اللزوم اذا طابق التكليف كما قلنا .

فظهر مما ذكرنا مادة الافتراق ومادة الاجتماع : فان الالزام بما لايقتضيه التكليف مادة افتراقه عن الامر بالمعروف ، والالزام بما يقتضيه تكليف الملزم عليه دون الحاكم الملزم مادة افتراقه من القضاء والالزام فيما يقتضيه التكليف مورد اجتماعهما الموردي .

ويمكن الفرق أيضاً في هذه الصورة باختلاف الجهة ، فان الحاكم اذا الزم بعنوان الامر بالمعروف الذي هو مشترك بين العامي المقلد وبينه . فهذا لايزيد في لـزوم الحكم ووجوب التزامه ، وان الزم بعنوان القضاء فهو يوجب تأكد الوجوب ، حيث أن التمرد عن الحكم حينئذ معصية من جهـة مخالفته لادلة الحكم ومن جهة رده على الحاكم ــ فافهم .

[في قضاء المقلد]

اذا تحقق ذلك فاعلم أن مسألة قضاء المقلد تشتمل على مسائل ثلاث :

(الاولى) قضاؤه مستقلا من غير نصب المجتهد له للقضاء أو توكيل له في

ذلك . وغاية مايتوهم دلالته على ذلك أمور :

الاول ــ اطلاق مادل على وجوب الحكم بماأنزل الله من الايات والاخبار كقوله تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون »[1] ، وقوله تعالى « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »[2] ، وقول الصادق عليه السلام في تعداد القضاة « ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة » وغيرها من الايات والاخبار .

ويرد : أولا بمنع الاطلاق لاهمالهما وورودهما في مقام بيان حكم آخر ، وهو كون الحكم لابد أن يكون بما أنزل الله وعن علم وغير ذلك مما لايخفى على من لاحظها مع سياقها ومصبها. وثانياً بعد تسليم الاطلاق القابل للاستدلال بأن المأمور بالحكم هو الذي كان عالماً بالحق وبماأنزل الله تعالى في الشبهات الموضوعية التي هي محل استعمال القاضي للبينة والايمان ، مثل اختلاف المتخاصمين في دين أو بيع أو غصب أو نحوها من الشبهات الموضوعية لاتتوجه هذه الاطلاقات الى المقلد الجاهل بالحال، وبأن الحق فيمايقوله المدعي أو المدعى عليه ، كما لايتوجه الى المجتهد الجاهل بالموضوع أيضاً ، مع قطع النظر عن قوله عليه السلام « استخراج الحقوق بأربعة » ونحوها ممايعطي ميزاناً للقضاء عند الجهل بالموضوع .

فان قلت : بعد ملاحظة أدلة البينة واليمين ونحوها من الموازين المقررة نقول : ان المقلد في الشبهات الموضوعية ليس بجاهل للحق ، وهو مؤدى البينة مثلا ، فيجب عليه الحكم به لكونه حكماً بما أنزل الله تعالى .

قلت : هذا مبني على مجيء أدلة البينة وسائر الموازين في حق المقلد أيضاً،

(١) سورة المائدة : ٤٤ .

(٢) سورة النساء : ٥٨ .

وستعرف عدم المجيء ، لمنع اطلاقها على وجه يشمل المقلد أيضاً .

هذا في الشبهة الموضوعية ، وأما الشبهة الحكمية ـ بأن كان اختلاف المتخاصمين باعتبار اختلافهما في حكم المسألة مثل مسألة المنجزات ومثل مسألة تحريم عشر رضعات ونحوهما من المسائل الخلافية ـ فهي على قسمين :أحدهما ماكان رأي الحاكم عن تقليد موافقاً لرأي المحكوم عليه في الحكم الشرعي ، بأن ترافعا الى مقلد يوافق المدعى عليه في الحكم الشرعي . والثاني ماكان رأيهما مختلفين .

ولاريب أن اطلاق الامر بالحكم بمعنى الالزام بالحق وبما أنزل الله على فرض تسليمه قاصر عن شمول الصورة الأخيرة : امالان منصرف الاطلاقات غير ذلك، وهو ماكان الحكم الواقعي فيه متحداًعند الحاكم والمحكوم عليه،فلو اختلفا كان الحكم بما يراه الحاكم وهو غير مشمول لتلك الاطلاقات . أولان مجرد الالزام بالحكم الواقعي مع قطع النظر عن سلطنة الملزم ونصبه رئيساً غير معقول مع اختلاف المحكوم عليه للحاكم في الحكم الواقعي ، لان الالزام انما يتصور على المتمردين عن الحكم الواقعي . ومن يعتقد تقليداً أو اجتهاداً أن الحكم الواقعي غير مايقوله الحاكم وان حكمه حكم الجاهلية فليس بمتمرد عن الحكم الواقعي على تقدير عدم قبوله لحكم الحاكم الذي اعتقد كونه حكم الجاهلية بل يجب عليه التجافي عن ذلك ، لانه مأمور بأن يكفر بما ليس بحكم الله تعالى وبحكم الجاهلية .

توضيح هذا المقال :ان الحكم الذي أمر الناس بالزامه على المتمردين اما أن يكون هو حكم الله الواقعي من غير تقييد له باعتقاد الملزم ـ أعني الحاكم ـ أويكون مقيداً بمااعتقده الحاكم ، على معنى وجوب الزام الحكم الذي اعتقده الحاكم أنه حكم الله تعالى .

وبعبارة أخرى: اعتقاد الملزم يؤخذ تارة طريقاً الى الحكم الواقعي الذي يجب الزامه وأخرى موضوعاً وقيداً للملزم به . وعلى الاول فالملزوم عليه لايخلو عن احوال ثلاث : الاولى أن يكون جاهلا بالحكم الواقعي. والثانية أن يكون عالماً به تقليدا أو اجتهاداً بالعلم المطابق لعلم الحاكم، والثالثة أن يكون عالماً بالعلم المخالف . وفي الحالتين الاوليين يعقل الزام الحاكم بالحكم الواقعي كما لا يخفى، وفي الحالة الثالثة فالالزام به غير معقول ، اذ المفروض أن الملزم به ليس الا الحكم الواقعي باعتقاد الملزم الذي فرض طريقاً اليه، والحكم الواقعي باعتقاد المحكوم عليه غير الذي اعتقده الحاكم . واذا أراد الحاكم الزامه بمعتقده فله الامتناع عن ذلك قائلا بأنك انما أمرت بالزام الواقع وهذا الذي تلزمني به ليس هو الواقع بل هو حكم الجاهلية الذي أمرت أنا بكفرانه .

وعلى الثاني - يعني على تقدير كون الملزم به هو الحكم الذي اعتقده الحاكم الملزم بأن يكون الملزم به الحكم الفعلي للحاكم - فالالزام بالواقع بهذا النحو معقول في الحالات الثلاث ، لكنه تقييد في آيات الحكم أو تجوز بين، لان الحكم المأمور به انما هو الحكم الواقعي الذي تختلف فعليته بالقياس الى الحاكم والمحكوم عليه وتقييده باعتقاد الحاكم، وارادة الحكم الفعلي الخاص منه لابد له من التماس دليل آخر، كأدلة النصب والنيابة التي تعرف قصورها عن شمول المقلد.

ودعوى أن الحكم الذي أمر الناس بالزامه لايعقل أن يكون طريقه غير اعتقاد الملزم لاتنفع ، لان اعتبار اعتقاده طريقاً غير اعتباره موضوعاً وقيداً للحكم الواقعي كما لايخفى على المتدرب .

هذه حال الصورة الاخيرة ، وأما الصورة الاولى - وهي صورة الموافقة في الطريق - فوجوب الالزام حينئذ مسلم ، بمعنى أنه يجب على كل أحد الزام المتمرد عن الحق والحكم الواقعي اذا كان موافقاً مع الملزم في الحكم الفعلي

لكنه لاينفع لان مرجعه حينئذ الى الامر بالمعروف الذي لاينكره أحد بشرائطه فلايؤثر الزامه حينئـذ في تكليف الملزم عليه زيادة على مايقتضيه تكليفه ، وقد عرفت أن الكلام في الالزام الذي هو سبب لوجوب الالتزام لامسبب عنه .

فان قلت : بعد تسليم اطلاق الادلة بالنسبة الى المقلد يثبت أن الزامه حيثما يعقل ـ كما في صـورة الموافقة ـ سبب لالزام الملزم عليه زيـادة عن الالتزام الذي كان يقتضيه تكليفه ، فيحرم عليه مخالفته من جهتين : من جهـة نفس أدلة الملزم به الذي يتبعها الالزام على وجه الامر بالمعروف ، ومن جهة الزام الملزم المدلول عليه بآيات الحكم الذي يرجع الى القضاء ، فاذا ثبت قضاء المقلـد في هذه الصورة ثبت في صورة المخالفة لعدم القول بالفصل .

قلت : نمنع عدم القول بالفصل فيماذكر ، لان الفصل المنفي انما هو ثبوت أحكام القضاء لاالزام المقلد في بعض دون بعض ، فلوثبت أن الزام المقلد وحكمه يترتب عليه أحكام القضاء في صورة الموافقة ثبت ايضاً ذلك في صورة المخالفة لأنه اذا ثبت الزام المقلد المعرى عن جميع الاحكام في الصورة الاولى ثبت أيضاً في الصورة الثانية . كيف وقد عرفت أن الالـزام في صورة المخالفـة لا يساعده دليل الخصم من أدلة الحكم .

فان قلت : اذا ثبت في صورة الموافقة أن الزام المقلد مؤثر زيادة على ما يقتضيه الامر بالمعروف ثبت أيضاً ترتب أحكام القضاء عليـه ، لان القائل بعدم الترتب انمايقول ان الزام المقلد لايرجع الا الى الامر بالمعروف ، لأنه الزام موجب لتكليف زائد ومع ذلك لاتترتب عليه أحكام القضاء .

قلت : نمنع تأثير الزام المقلد في التكليف زيادة على مايقتضيه الامر بالمعروف وماذكرنا من تسليم الاطلاق لايفيد ذلك .

نعم لوثبت الالزام في الصورة المخالفة أيضاً لم يكن له معنى سوى اقتضائه

في نفسه تكليف الملزم عليه بما الزم، وأما اذا لم يثبت ذلك أو ثبت عدم اندراج هذه الصورة تحت الاطلاقات فالالزام الذي دلت عليه الاطلاقات لا يقصد به حينئذ سوى معنى الامر بالمعروف . ففرضنا من تسليم الاطلاق ومنع شموله لصورة المخالفة بيان أن مفاد الاطلاقات شيء وراء القضاء المصطلح الذي يؤثر في تكليف المقضى عليه .

وحاصل الكلام: ان اطلاق الحكم لو شمل صورة المخالفة[1] لم يكن له معنى سوى الالزام القضائي ، لان الالزام القدر المشترك بين هذه الصورة وغيرها من صور المخالفة لا يعقل سوى ذلك، وأما اذا قلنا بعدم الشمول والحصر في مجاري الامر بالمعروف لم يزد في المقتضي على ما يقتضيه الامر بالمعروف شيئاً ، فيكون من جملة أدلته ــ فافهم .

وثالثاً ــ أي بعد تسليم الاطلاق مطلقاً ــ بأن الاطلاق مقيد بما دل على اشتراط اذن الامام من الاجماع والاخبار ولم يقم دليل على أن المقلد مأذون في القضاء كالمجتهد .

فان قلت : الكلام في المقام بعد الفراغ عن اذن الامام لانه شرط اجماعاً ، لان القائل بجواز قضاء المقلد يريد نفي شرطية الاجتهاد لا نفي شرطية الاذن ، فالاجتهاد عنده مثل الحرية المختلف فيها، فكما أن القول بعدم اعتبار الحرية ليس نفياً لاعتبار اذن الامام فكذلك نفي اعتبار الاجتهاد ليس نفياً للاذن . والدليل على ذلك أن العلماء ذكروا شرط الاذن مستقلا مدعيا للاجماع فيه وشرط الاجتهاد أيضاً مستقلا ، فرد اطلاق الادلة بأنها مقيدة بما دل على للاذن ليس في محله .

قلنا : ان ثبت عند هذا القائل اذن الامام للمقلد فهو يكفي ، لان اذنه دليل على عدم شرطيته ، لان الامام لا يأذن في غير المشروط ، وان لم يثبت عنده الاذن

(١) «الموافقة» خ ل .

فأي فائدة له في هذه الاطلاقات .

فان قلت: فائدته اثبات اذن الامام بذلك فانهما مثل الازمان، اذ بعد ما ثبت أن الحكم بين الناس حكم من الاحكام الواقعية الالهية نظير سائر التكاليف التعبدية باطلاق الاية الرافع لتوهم كونه من خصائص الامام ومنصوبيه ، فيثبت أيضاً اذن الامام لان كلا من الحكم الشرعي والاذن كاشف عن الاخر عندنا معاشر الامامية القائلين بالعصمة والوحي دون الخطأ والاجتهاد .

قلت : ان كان الحكم بين الناس من الاحكام الشرعية كحرمة الخمر ووجوب الصلاة واباحة المسكر ونحو ذلك فلا معنى لاشتراطه باذن الامام ، لان الاحكام تعم الناس الامام والمأموم على حد سواء ، فلا معنى لقوله باشتراط الاذن ، ولا معنى لاجماع العلماء على ذلك . واشتراط وجوب صلاة الميت باذن الولي يرجع الى كونه شرطاً للواجب دون الوجوب ــ فتأمل .

وان كان أمراً من الامور المقررة لاهل المنصب والرئاسة فما ذكرنا من التقييد دوار عليه ، فان الاطلاق مع ثبوت شرطية اذن الامام بالادلة اللفظية بل الاجماع لايجدي في مطلوب الخصم ، فانا نقول حينئذ : ان الحكم بين الناس بمعنى القضاء في نفسه قابل للثبوت في حق المجتهد والمقلد ، لكنه يحتاج الى اذن الرئيس الواقعي ونصبه ، والقدر الثابت منه في حال الغيبة انما هو الاذن للمجتهد لا المقلد .

ودعوى عموم الاذن لهما باطلاق أدلة النصب . يعرف ضعفها انشاء الله تعالى .

(الدليل الثاني) مشهورة ابي خديجة عن الصادق عليه السلام : اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ، ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه قاضياً بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه[1] .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من أبواب صفات القاضي ح ٥ .

وجه الاستدلال : ان المراد بالعلم مايشمل الظن الذي دل الدليل على حجيته بعلاقة المشابهة ، وهي وجوب العمل ، للاجماع على عدم اختصاص القضاوة بالعالم المستيقن ونفوذ قضاء المجتهد .

لايقال : يبقى العلم على ظاهره وتحكم عليه الادلة الظنية بعد قيام القاطع على اعتبارها ، فلا حاجة الى صرف اللفظ عن ظاهره بارادة عموم المجاز .

لانا نقول : العلم أخذ موضوعاً للقضاء لاطريقاً اليه ، وتحكيم الدليل الدال على الظن على مايعتبر فيه العلم انما يتصور في العلم الطريقي لا في العلم الموضوعي ، فان التحكيم حينئذ لابد فيه من التماس دليل آخر سوى أدلة الظنون كما تقرر في محله . مع أن ذلك لايضر المستدل ، لان أدلة التقليد حينئذ حاكمة على الرواية كما لايخفى . فاذا ثبت أن المراد بالعلم ما يشمل الظن الواجب العمل دخل فيه ظن المقلد أيضا .

فان قلت : المقلد ليس بظان بل هو متعبد بقول المجتهد .

قلت : المراد بالظن كل أمارة يجب العمل بها ولو تعبداً كما لايخفى .

والجواب عنها :

أولا — ان اطلاق العلم على مايشمل الظن — وان ذكره بعض في تعريف الفقه — لكنه ليس بمعهود في لغة العرب ، لان المجازات وان كانت نوعية الا أن علاقة المشابهة التي هي من أنواعها لابد أن تكون في الصفات الظاهرة والجامع القريب لا كل جامع يمكن أن يفرض . ولاريب أن وجوب العمل ليس من هذا الباب ، خصوصا على طريقة غير أهل الانسداد ممن يقول باعتبار الظنون الخاصة ، فان مرجع ذلك في الحقيقة الى التعبد الصرف ، نظراً الى كون الظنون الخاصة ظنوناً نوعية غير مشروطة بافادتها الظن في مجاريها ، فليس في مقام العمل بها ظن حتى يشبه بالعلم لمشابهة وجوب العمل ، الا أن يلاحظ المشابهة حينئذ

بين الاحتمال الصرف أو بين ذات الامارة النوعية وبين العلم .

وثانياً - ان احراز صفة العلم بالحكم الواقعي في الحاكم لابد أن يكون منوطاً بنظر المحكوم عليه ،كاحراز صفة الرجولية ، لان احراز قيود الموضوع يستحيل أن يكون منوطاً بنظر غير المخاطب الا بدليل آخر . فاذا أحرز الشخص عند نفسه شخصاً جامعاً بين الصفتين - أعني الرجولية والعلم بالحكم الوقعي - فعليه التحاكم اليه . ومن الواضح أن الجاهل بالحكم لايعقل في حقه احراز العلم به في شخص أو الظن به ، لان مافي وسعه احراز شخص ظن بأن حكم الخمر الحرمة مثلا ،وهو غير احراز ظنه بحكم الخمر ، والعلم بأن زيداً ظن بكون حكم الخمر هو الحرمة والعلم بأنه ظن حكم الخمر الواقعي ، بينهما فرق واضح بين .

ولعل المحقق القمي تفطن الى هذه الدقة حيث طابق الاستدلال بالرواية في محكي جواب سؤال على صورة علم المترافعين أو ظنهما بالحكم تقليداً فترافعا الى من يوافقهما في التقليد ، فان الحاكم حينئذ واجد لصفة الظن بالحكم في نظرهما جداً .

لكن نقول في الجواب حينئذ مامر في صورة الموافقة من القول بالموجب وعدم نهوضه بالمقصود ، لان الحكم والالزام بما يقتضيه تكليف المحكوم عليه لايكون يقتضي أزيد مما هو قضية الامر بالمعرف - الى آخر ماذكرنا ثمت .

فان قلت : على ماذكرت يسقط الاستدلال بالرواية على نفوذ القضاء مطلقاً حتى في حق المجتهد ،مع أنها من أعظم مااستدلوا به على نفوذ حكم المجتهد في زمن الغيبة .

قلت : الاستدلال بها انما هو لاجل اثبات شرعية القضاء في الجملة ،وان ماورد من نواهي الحكومة كقوله عليه السلام[1] « اتقوا الحكومة فانما هي للامام

(١) الوسائل ج١٨ ب ٣ من ابواب صفات القاضي .

القائم العالم » الحديث ، مختص بالمخالفين .

وأما الاستدلال بها على اشتراط الاجتهاد أوأن الحاكم هو المجتهد ، فلم نجد من معتمد ، لان العمدة في هذا الباب هو مقبولة ابن حنظلة[١] مع أن بين المجتهد والمقلد فرقاً واضحاً، لان المجتهد باعتبار اتصافة بالعلم ببعض الاحكام وقوة النظر والاجتهاد في الباقي يصدق عليه عرفاً العالم دون المقلد. فلو أبقي الحديث على ظاهره العرفي من دون ارتكاب ذلك التجوز الركيك ثم الاستدلال به على نفوذ قضاء المجتهد ايضاً ــ وان كان لابد من الاستدلال بالمشهور ومايقاربها من الروايات ــ فليستدل بأحسن الطرق ، وهو حمل القضايا على الاحكام الفعلية الاعم من الاحكام الواقعية والظاهرية، فان العلم بالاحكام الفعلية يعم المجتهد والمقلد على حد سواء كما لايخفى .

لكن نجيب حينئذ : ان هذا الحمل خلاف ظاهر الحديث ، اذ لوكان المراد ماذكر ينبغي أن يقال شيئاً من قضاياهم لاشيئاً من قضايانا ، فاضافة القضايا اليهم عليهم السلام ظاهرة أو صريحة في الاحكام الواقعية المختصة ــ فافهم .

وثالثاً ــ بعد الاغماض عن جميع ذلك انها مخصصة بمقبولة عمر بن حنظلة الواردة في مقام تحديد القاضي الحاكم وتشخيصه ، فانها ظاهرة في المجتهد . قال الراوي بعد حكم الامام عليه السلام بعدم التحاكم الى المخالفين وأن التوصل كل الى الحق الثابت بحكمهم توصل الى السحت : فكيف يصنعان ــ يعني الرجلين المتخاصمين المذكورين في صدر الرواية ؟ قال عليه السلام : أنظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فارضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً ــ الحديث[٢] .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ج ٤ .
(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ج ٤ .

دلت كل واحدة من الفقرات الثلاث بملاحظة ورودها في مقام التحديد المطرد والمنعكس - كما هو الشأن في قيود الحدود - على اختصاص الحكم بالمجتهد ، لظهورها فيه . لان رواية الحديث سواء حملت على الرواية المصطلحة في ذلك الزمان أو على المعنى اللغوي - أعني تحمل قول المعصوم عليه السلام بمعنى فهم معناه الذي هو حكم الله الواقعي - بعيد الانطباق على المقلد ، لانه ليس من أهل الرواية بأحد المعنيين كما لايخفى .

ودعوى أن المجتهد أيضا ليس من أهلها فيختص مضمون الرواية في زمن الأئمة عليهم السلام بالرواة . مدفوعة بأن المجتهد أخص من الراوي ، فكل مجتهد راو لامحالة .

وأما اختصاص النظر في الحلال والحرام بالمجتهد . فهو أوضح ، اذ ليس المقلد من أهل النظر كما لايخفى .

ودعوى أن المراد بالنظر في الاحكام عدم التجافي عنها - كما هو شأن المخالفين المتجافين عن أئمتنا وأحكامهم - فيعم المقلد الشيعي أيضا . مكابرة واضحة ، لظهوره في الرواية والتفكر المختصين بالمجتهد .

وأما معرفة الاحكام فهو أيضا واضح ، خصوصا على الاخذ بظاهر الجمع وان كان ركيكا في الغاية بل مقطوع العدم لظهوره في الاستغراق العرفي الحاصل بالعلم بجملة من الاحكام . والحاصل ان ظهورها في المجتهد ومنكره مكابر .

ودعوى عدم دلالتها على الحصر لعدم حجية مفهوم الوصف ، قد ظهر ضعفها مما أشرنا من ورودها في مقام التحديد الابي الاعن الحصر . والعجب كيف يتجرأ في مخالفة رؤساء الفقه المصرحين بالاتفاق على المنع ، مع عدم مصرح منهم بالجواز بمثل هذه الروايات التي خرجت ووصلت من أيديهم الينامع عدم ظهورها في المدعى .

ثم ان أول من استدل بها على الجواز المحقق القمي في جواب سؤاله على الوجه الذي قررناه في تقريب الاستدلال . وقد ذكر في طي الاستدلال كلمات لاتخلو عن النظر ، خصوصاً ما ذكره في رد الاجماعات تارة بحملها على قضاوة المقلد على وجه الاطلاق الراجع الى رئاسة عامة، وأخرى بأنها اجماعات منقولة لاتكافؤ ظاهر الروايات ، وهو أعلم بما قال . والله العالم .

(الدليل الثالث) الادلة الدالة على اعتبار البينة وعمومها للمجتهد والمقلد، وهي نوعان :أحدهما مايدل على كونها ميزاناًمن موازنين القضاء وفصل الخصومة ويشار لها في الحكم اليمين وسائر الموازين . والثاني مايدل على وجوب العمل بها .

«أما الاول» ـ فكقوله صلى الله عليه وآله وسلم «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان»[1] ، وقوله عليه السلام «استخراج الحقوق بأربعة» الحديث .

فيرد على الاستدلال بها: أنها وردت في بيان ميزان القضاء واستخراج الحقوق، وأما تعيين القاضي والمستخرج فموكول الى دليل خارج، فمصبها مصب الاهمال لامصب الاطلاق حتى ينتفع عند الشك في صفات القاضي، ولذا لم يستدل أحد بها على نفي ماشك من صفات القاضي .

وغاية مايتوهم في وجه الاستدلال بها أنها دلت على أن الحكم على طبق البينة في الموضوعات المشتبهة حكم الله الواقعي، فيندرج تحت «ما أنزل الله» الذي دل ماتقدم من أدلة الحكم على وجوب الحكم به عموماً، فكما أن المجتهد له أن يحكم بين المتخاصمين بمقتضى البينة أو اليمين فكذلك المقلد ، لكون الحكم حكماً بما أنزل الله تعالى .

وفيه : ان المعلوم من أدلتها كون الحكم على طبق البينة في الجملة من

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

الاحكام الواقعية ، فلعل ذلك مخصوص بالمجتهد ، بمعنى كون حكم غيره بمقتضى البينه حكماً بغير ماأنزل الله تعالى .

وبعبارة أخرى : علم من الادلة أن فصل الخصومة بمقتضى البينةحكم من الاحكام الالهية دون الجاهلية ، لكن على وجه الاهمال القابل للاختصاص بحكم بعض دون بعض، على أن يكون حكم غير المجتهد بمقتضاها غير ماجاء به النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فلابد من ذكر دليل عام يفيد أن فصل الخصومة بها مطلقاً من أحكام الله، وهو مفقود ومع وجوده يستغنى عن التمسك بأدلة الحكم .

وأيضاً الحكم بمقتضى البينة حكم أنزله الله وليس حكماً بما أنزل الله ، وتلك الادلة انما تدل على وجوب الحكم بما أنزل الله لاعلى الحكم الذي انزله الله ، وبينهما بون بعيد ـ فافهم .

«وأما الثاني» فقد ظهر جوابه مما مر من أن الادلة الدالة على وجوب العمل بالبينة كأدلة سائر الظنون والطرق الشرعية لاتنهض في الحجية على من يعتقد بكذبها، فلابد في اجراء أدلتها فرض صورة علم المحكوم عليه بصدقها وصدق المدعي ، وحينئذ فيلزم بالموجب ونقول: انه يجب عليه العمل بمقتضاها ويجب على سائر الناس أيضاً الزامه عليه مع التمرد، فيرجع الى الالزام بمايقتضيه تكليف المحكوم عليه الذي قد عرفت أنه حينئذ لايزيد عن الامر بالمعروف في شيء. والله العالم .

تنبيه

(مشتمل على أمور)

(الاول)ان ماتلونا من المقبولة من الفقرات الثلاث ظاهرة أوصريحة ولو

بملاحظة مابعدها في أن العبرة في القضاء والحكومة بالحكم الواقعي هو علم القاضي وطريقه اليه ، وان كان مقتضى القاعدة ـ على ماأشرنا اليه ـ في المشهورة اناطة معرفة موضوع الحكم في الكلام بنظر المخاطب ،لان الحوالة على أهل النظر وأهل المعرفة مع كون النظر والمعرفة من الامور المختلف فيها باختلاف الناظرين ، بنفسه يشعر بأن المناط في تشخيص الحكم الذي لابد أن يتراضى المتخاصمان به هو نظر الناظر .

واذا لاحظنا مع ذلك أن نزاع المترافعين ولو بسبب الاختلاف في الحكم لا يعقل الشارع ابقاؤه البتة على حاله والا لكان تعريضاً للنظام على الفساد، بل لابد من دفعه وفصله بوجود فاصل بلغ الاشعار حد الدلالة على أن مايفصل به لابد أن لايكون هو الحكم الواقعي من دون تقييد له بطريق الفاصل والا لزم المحذور الذي أشرنا اليه سابقاً ، وهو استحالة نفوذ الفصل والقضاء مع الاختلاف في الطريق ، لان المحكوم عليه له أن يرد القاضي الحاكم بأنك أمرت بالقضاء على حسب الواقع النفس الامري وهذا الذي تلزمني عليه حكم الجاهلية دون الواقع ، بل هو الحكم الواقعي الذي يراه الفاصل، واذا ضممنا الى ذلك قوله عليه السلام « فارضوا به حكماً » وقوله عليه السلام « فاني قد جعلته قاضياً » تأكدت الدلالة ، لان الحكم والقاضي اذا تعقلنا معناهما المطابقي تعقلنا متبوعيتها في النظر وعدم جواز معارضة المحكوم عليه له بنظره أو تقليده، واذا أضفنا الى ذلك تفريع الامام عليه السلام على قضاوته قوله « فاذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه» تأكدت الدلالة كما لايخفى .

واذا لاحظنا مع ذلك كله قول الراوي فان كان كل واحد اختار رجلا من اصحابنا فرضينا أن يكونا ناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما الى آخر المرجحات

صارت الرواية نصاً في المطلوب ، وهو القضاء المصطلح ـ أعني الالزام في غير مايقتضيه تكليف المحكوم عليه ـ بأن يكون مايفصل به هو الواقع المقيد بالطريق القاضي اليه ، اذ لو كان المفصول به هو الحكم الواقعي الغير المقيد الغير المتصور في صورة اختلاف القاضي والمقضي عليه في الطريق لم يكن العدول من مرجحات الواقع الى ذكر مرجحات الحكمين وجه ، بل لابد حينئذ من ذكر مرجحات الواقع بقول مطلق، ولازمه عدم نفوذ أحد الحكمين المعينين اذا كان مرجوحاً بالنسبة الى الحكم الذي التزم به المحكوم عليه .

اللهم الأأن تنزل الرواية على صورة جهل المتخاصمين بالحكم وعدم ثبوت طريق لهما الى الواقع . ويدفعه اطلاق الرواية كما لايخفى .

ولو حملنا المشهورة على ما استظهرناه من الاختصاص بالمجتهد بارادة أهل العلم من قوله « يعلم شيئاً » كانت في الدلالة على القضاء المصطلح ـ أعني اعتبار نظر القاضي ورأيه دون المحكوم عليه مثل المقبولة ـ كما لايخفى على المتدرب . وان اختصت المقبولة ببعض الدلالة مثل ذكر المرجحات للحكمين ونحوها . والله العالم .

(الثاني) ان الادلة الدالة على القضاء المصطلح اذا قيست الى الظن الذي التزم به المحكوم عليه من تقليد أو اجتهاد وتكون مخصصة للدليل الدال على اعتباره ، فيجب على المقلد مثلا الالتزام بفتوى مجتهده . الا اذا عارضه حكم حـاكم في مقام الخصومة فيجب عليه ترك الالتزام به في تلك الواقعة والالتزام بحكمه ، وهو واضح .

(الثالث) انه لاحاجة الى قيام دليل آخر من الخارج على حرمة نقض الحكم

لانهاذا وجب الالتزام بفصل الفاصل وقضاء القاضي بحكم المقبولة والمشهورة ونحوهما من أخبار القضاء وأدلته لم يكن له معنى سوى الالتزام به أبداً والمضي عليه كذلك ، فلاحاجة الى قيام دليل آخر على حرمة نقض الحكم من المحكوم عليه أو من غيره ، لان انقضاء الامر الذي يتفرع على القضاء يلزمه عقلا بطلان كل ماهو من لوازم البقاء .

وهذا نظير ماأفدنا في رد من زعم أن الامر بالوفاء بالعقود لايفيد سوى حكم تكليفي ، وأما الحكم الوضعي – وهو لزوم العقد – فيستفاد من نحو « البيعان بالخيار مالم يفترقا »[1] حيث قلنا ان وجوب الوفاء بالعقد بنفسه يتضمن لزوم أثره ، وانه اذا وجب الوفاء بمقتضى العقد في جميع الحالات حتى بعد قول البائع والمشتري « فسخت » ، كان ذلك عين اللزوم ، لان هذا الامر الوضعي لايزيد في الاثر سوى وجوب الوفاء به في الحالات كلها كما لايخفى .

(الرابع) دلالة المقبولة على القضاء في الشبهات الحكمية واضحة ، وأما دلالتها عليه في الشبهات الموضوعية فلا تخلو من اشكال، لا لان موردها الشبهة في الحكم ، لان العبرة بعموم لفظ الامام عليه السلام لابخصوص المورد ، بل لان الحكم بمقتضى البينة ليس الحكم بحكمهم بل حكمهم ، وظاهر التفريع تخصيص المفرع عليه كما لايخفى . فعموم قوله « أنظروا » الى قوله « فارضوا به حكماً » لايجدي مع تفريع « فاذاحكم بحكمنا » عليه غيره ، فالمستند للقضاء في الشبهات الموضوعية غير المقبولة من الروايات . ويمكن أن يكون باء «بحكمنا» باء التقوية ، أي حكم حكمنا ، فيعم الشبهات الموضوعية أيضاً .

(١) الوسائل ج١٢ ب ١ من ابواب الخيار .

[نصب المجتهد المقلد للقضاء وتوكيله]

هذا تمام الكلام في المسألة الاولى، وأما المسألتان الاخيرتان ــ أعني نصب المجتهد المقلد للقضاء والنظر في المرافعات وتوكيله في اجراء صيغة الحكم ــ فالحق فيهما أيضاً عدم الجواز ، للاصل السالم عن معارضة الدليل .

أما الاولى ــ أعني النصب ــ فلان اثبات جوازه يتوقف على أمرين أحدهما بمنزلة الصغرى والاخرى بمنزلة الكبرى : أحدهما أن يكون النصب جائزاً في حق الامام عليه السلام . والثاني أن يجوز للمجتهد كلما يجوز للامام عليه السلام . وكلاهما ممنوعان :

(أما الاول) فلان جواز نصبه«ع» موقوف على شرعية قضاء المقلد، بمعنى عدم كون الاجتهاد من شرائط القضاوة عندالله تعالى، اذ لولا ذلك لم يجز للامام عليه السلام نصبه للقضاء ، لانه لايأذن في غير المشروع ، ولذا يستدل بأذنه«ع» في شيء على شرعيته وكونه من الاحكام الالهية استدلال « ان » لااستدلال«لم » ، فلولا اختصاص الاذن بالمشروع انسد الاستدلال .

ومن هنا يعلم أن القول بأن الامام علي عليه السلام له ان يطلق نساء المؤمنين مع القول بأن الطلاق بيد من أخذ بالساق وانه مشروط عند الله تعالى برضاء الزوج ، غلط فاحش وان كان النبي وخلفاؤه صلوات الله عليهم أجمعين أولى بالمؤمنين من أنفسهم في جميع الامور بنص الاية الشريفة « وماكان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة »[1] الاية .

وبالجملة اذا كان الاجتهاد ــ كالرجولية مثلا ــ معتبراً في القاضي كان نصب المقلد للقضاء كنصب المرأة أمراً غير مشروع ، فجواز نصب الامام له موقوف

(١) سورة الاحزاب : ٣٥ .

على عدم كون الاجتهاد من الشرائط الالهية، ولذا ذكر الفقهاء شرائط القضاء وفرداً فرداً مضافاً الى شرائط الاذن يريدون بيان الحكم الشرعي وأن القضاء المشروع في الشرع الذى هو للامام أولا ثم لمأذونه لمن هو متصف بالشرائط المزبورة .

فاذا توقف جواز نصبه «ع» على عدم اشتراط الاجتهاد كان لنا منع الجواز لوجهين :

أحدهما ـ الاصل الذي أشرنا اليه ، فان مقتضى الاصل فيما هو من قبيل المعاملات بالمعنى الاعم الاشتراط عند عدم الاطلاق، لاصالة عدم ترتب الاثر على فاقد الشرط. ودعوى اطلاق آيات الحكم والقضاء، قد عرفت مافيه ولانعيد .

والثاني ـ الاجماع المستفيض، حيث صرح غير واحد بالاتفاق على اعتبار الاجتهاد في القاضي ،كما لايخفى على أهل التتبع والخبرة .

(وأما الثاني) أعني ثبوت الولاية العامة للمجتهد بحيث يجوز له كل ما يجوز للامام ، فمبني على النظر في أدلة ولاية الحاكم . وقد أورد الاستاد شيد الله أركان افادته في باب المتاجر على عموم تلك الادلة بمالامحيص عنه ولاذاب، ومن أراد كمال الاطلاع فليرجع اليه .

ونقول هنا اجمالا : ان هذه الادلة كقوله صلى الله عليه وآله « علماء أمتي كأنبياء بني اسرائيل»[١] وقول الحجة صلوات الله عليه في التوقيع « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة أحاديثنا فانهم حجتي عليكم وأنا حجة الله »[٢] وقوله عليه السلام « مجاري الامور بيد الحكام » ونحوها مما يدعى دلالته على عموم ولاية الفقيه العالم الجامع للشرائط لكل شيء كان للنبي والوصي عليهما السلام وانه نائب منابهم في جميع الامور الا ماخرج ، لايجدي عند الشك ،

(١) بحار الانوار ٢ / ٢٢ بلفظ « علماء أمتي أفضل من أنبياء بني اسرائيل » .
(٢) الوسائل ج١٨ ب ١١ من ابواب صفات القاضي ح ٩ .

لوجود على سبيل منع الخلو :

(الاول) ان الظاهر المستفاد من النظر في مجموع تلك الادلة هو قيام الرواة والعلماء والفقهاء والحكام مقام النبي والوصي صلوات الله عليهما في الامور الثابتة لهم«ع» من حيث النبوة والرسالة لامطلق الامور الثابتة لهم ولو من حيثية أخرى راجعة الى خصائصهم .

توضيح ذلك :ان تعليق الحكم بالوصف يشعر ـ خصوصاً في مثل المقام المحفوف بقرائن عقلية ونقلية شتى ـ بالعلية ، فتشبيه العالم بالنبي أو تشبيه الراوي بحجة الله لايفيد الا التنزيل والتشبيه في خصوص جهة النبوة التي هي وساطة بين الله تعالى وعباده، أوجهة الامامة التي هي وساطة بين النبي والرعية، فكل ماهو ثابت للنبي من حيث كونه واسطة بين الله وخلقه ـ وهي حيثية تبليغ الاحكام ـ فهو ثابت لمن ناب منابه وقام مقامه .

وأما الامور الثابتة له من حيثية أخرى غير حيثية الرسالة ـ كخصائص النبي من الامور الشرعية والعادية ـ فالتشبيه والتنزيل المزبورين لايعطي المشاركة فيها أيضاً . ولاريب أن مانحن فيه وأشباهه خارج عن الحيثية المشار اليها ،بل الداخل فيها ليس الا جهة بيان الاحكام وتبليغ الحلال والحرام ، حتى أنه لولا أدلة القضاء وحكم العقل بوجوب اقامته لكان اثبات شرعيته بتلك الادلة ، دونه خرط القتاد ، فضلا عن اثبات نصب القاضي غيره .

(والثاني) ان هذه الادلة وردت في تشخيص من تكون بيده مجاري الامور من المصالح العامة التي دل العقل أو النقل على وجوب اجرائها ، كمباشرة القضاء ومحافظة مال الصغار وحفظ بيضة الاسلام ونحوها مماثبت وجوب اجرائها مادامت الشريعة باقية لافي تشخيص الامور الجارية، فلو شك في أمر أنه مشروع جار في المسلمين أم لا ، فلابد في اثباته من التماس دليل آخر .

والتمسك بعموم المنزلة في بعض الروايات لاثبات شرعية اجراء كل ما كان للحجة اجراؤه . يدفعه بعدعدم مجيئه فيما شك في شرعيته للحجة كما فيما نحن فيه ، ماعرفت من قصور التنزيل في الحجية والنبوة عن شمول ماهو خارج عن جهة النبوة والرسالة والحجية، مضافاً الى مافيه افادة التنزيل والتشبيه للعموم الافي الصفات الظاهرة الجلية التي هي في النبوة والحجية في تبليغ الاحكام .

فمفاد مادل على قيام الفقيه مقام الامام في مجاري الامور ، ايكال النظر في الامور العامة اليه ، على معنى وقوعها في الخارج على حسب مايراه فيتبع نظره فيمايتعلق بتجهيز الموتى ومحافظة النفوس والاموال الضائعة ، ولايجوز لاحد معارضته بل لاينفذ لوعارضه ، لا أنه يباشر كل مايباشره الامام .

(والثالث) انها على تقدير تسليم عمومها لابد من تنزيلها على أمور معهودة لكثرة مايرد عليها من التخصيص التي تشمئز النفس من ارتكابها .

توضيح ذلك : ان كثرة التخصيص بعد ما بلغ حد الاستهجان يتعين معها حمل العام على المعهود ، ولذا حكموا في كلمة الناس في قوله تعالى « الذين قال لهم الناس ان الناس قد جمعوا لكم »(1) الاية : بأن المراد به في الاول نعيم بن مسعود وفي الثاني أبوسفيان وأصحابه على طريق العهد دون التخصيص، حذراً من استهجان تخصيص الاكثر . نعم لولم يبلغ كثرة التخصيص الى حد الاستهجان كان حينئذ سبباً لوهن العام ، بحيث لاتطمئن النفس في العمل بعمومه الابعد الاطمئنان بعدم كون المورد من الافراد الخارجية، ولذا قلنا في« لاضرر » وأشباهها كلا حرج وآيات القصاص أنه لايعمل بعمومها لكثرة ما خرج عن تحتها ، الابعد مشاهدة عمل جملة من الاساطين بها .

(١) سورة آل عمران : ١٧٣ .

[حكم التوكيل في القضاء]

(وأما المسألة الثانية) أعني مسألة التوكيل فالحق فيها أيضاً عدم الجواز وفاقاً للكل أو الجل ، لان التوكيل مشروط بعدم اشتراط المباشرة في تأثير الحكم والا لم يعقل فيه التوكيل، واشتراطها هنا اما معلوم أو مشكوك، والتمسك بأدلة الوكالة غير مجد في المقام .

وتوضيح المرام : ان الافعال التي يترتب عليها أثر وغرض شرعي على ثلاثة أقسام :

منها ـ مايكون ذلك الغرض والاثر لازم ذات الفعل من غير مدخلية اضافته الى بعض دون بعض ، نظير الطهارة الخبثية التي هي أثر الغسل المطلق ، من غير اعتبار محل خاص في التأثير حتى لو صدر من الحيوانات لاثر أيضاً أثره .

ومنها ـ مايكون الاثر المقصود مترتباً على صدور الفعل من الشخص ولايكون الاثر أثراً لذاته ،وهذا أيضاً على قسمين :

أحدهما : ماكان مطلق الفعل الشامل لنوعي المباشرة والتسبيب كافياً في التأثير على أن يكون المعتبر في حصول ذلك الاثر ذلك الفعل مباشرة أو تسبيباً، كالثواب المترتب على بناء المسجد، فان ذلك غير مشروط بالمباشرة بل يترتب على البناء الحاصل من فعل الاجير أيضاً .

وثانيهما : ماكان حصول الاثر فيه موقوفاً على المباشرة ، بأن يكون ذلك الاثر ثابتاً للفعل المتقوم بمحل خاص على وجه يكون للاضافة الى ذلك المحل مدخلية في التأثير ،كالعبادات التي لايحصل منها الغرض المقصود الا بالمباشرة.

ومن البديهيات أن التوكيل انما يتصور في أحد القسمين الاولين ، وأما القسم الثاني فالتوكيل فيه من المستحيلات . نعم يتصور التوكيل حينئذ في

ذات الفعل مع قطع النظر عن كونه ذا أثر لاالفعل من حيث كونه مؤثراً ، فالفعل الذي يترتب عليه الاثر لايتصور فيه التوكيل، والذي يتصور فيه التوكيل لايترتب عليه الاثر .

فلو أحرزنا كون الفعل من أحد القسمين الاولين فلا أشكال في حصوله أصالة ووكالة من غير فرق بينهما ، الا أن ترتب الاثر في القسم الاول لايتوقف على التسبيب فضلا عن التوكيل والاستنابة أو قصد الوكيل النيابة عن الموكل ، بل يحصل ولو قصد الخلاف والاستقلال .

بخلاف القسم الثاني فانه على أقسام :

منها : مالا يتوقف حصول الاثر فيه على الاستنابة والتوكيل بل يحصل بمجرد التسبيب ولو من غير استنابة وان حصل أيضاً مع التوكيل والاستنابة . ومن هذا القبيل بناء المسجد لتحصيل الثواب بالاستيجار وتوضي العاجز بفعل الغير بجعله آلة للوضوء فهو المتوضي حقيقة بجوارح الغير الراجع الى التسبيب الصرف. وفي هذا القسم لايعتبر في محل الفعل شيء من شرائط التكليف، حتى لو فرض التسبيب الى فعل الحيوانات لاثر أيضاً .

ومنها : مايحتاج الى الاستنابة والتوكيل ، اما مع عدم اعتبار قصد النائب النيابة أو مع اعتباره .

ومن قبيل الاول العقود والايقاعات . فان الاثر المقصود منها يترتب على فعلها مباشرة وتسبيباً بالتوكيل لابغيره ، من غير اعتبار قصد الوكيل النيابة . ومن الثاني الاستنابة في الاعمال العبادية بالمعنى الاخص .

والغرض الاشارة الاجمالية الى أقسام القسم الثاني لاعطاء الضابط . فان تميز الاقسام مطلوب من ملاحظة أدلة كل باب .

وان شك في كون الفعل من أحدهما أو من القسم الاخير كان ذلك شكاً في

صدق الوكالة لافي صحتها ، فان دل دليل عام أوخاص على كون الفعل من أحد الاولين لم يحتج في اثبات الوكالة حينئذ الى دليل آخر ، كما أنه اذا دل دليل كذلك على جواز الوكالة في المشكوك كان ذلك دليلا على كونه منهما .

اذا تحقق ذلك فنقول : ان ماورد في باب الوكالة من الادلة لايتكفل شيء منها لبيان هذا المهم ، أعني قبول كل فعل من الافعال الشرعية للنيابة الاماخرج بالدليل ، لان ماورد فيها كلها مسوق لبيان أحكام الوكالة وشرائطها مثل ماوردفي استمرارها الى بلوغ العزل .

ولاريب أن الدليل المسوق لبيان أحكام الشيء كلا أوبعضاً لايدل على تعيين مجاري ذلك الشيء ومصاديقه ، كما أن الدليل على جواز الوكالة عموماً أو خصوصاً لايدل على حكمها وشرائطها ، فهنا مقامان : أحدهما اثبات قبول المشكوك للوكالة ، والثاني بيان حكم الوكالة من حيث كفاية الفعل وعدم اعتبار اللفظ ونحوها من الاحكام . والدليل المتكفل لبيان المقام الاول لايجدي في المقام الثاني ، كما أن الدليل الوارد في المقام الثاني غير مجد في المقام الاول .

ومن هنا يظهر سقوط الاستدلال بعمومات العقد ، كقوله تعالى « أوفوا بالعقود » عند الشك في القابلية ، لان الشك فيها شك في صدق الاسم ، كما اذا شك في أن الشيء الفلاني من المملوكات القابلة للنقل أم لا ، او أنه من الحقوق القابلة للصلح والتجاوز أم من الاحكام ، فمن تمسك ببعض ماورد في باب الصلح على جوازه في كل شيء مشكوك في قابليته باعتبار الشك في كونه من الاحكام أم من الحقوق أو بعموم « أوفوا بالعقود » لاثبات صحة الصلح حينئذ أو لصحة الوكالة فيما شك في قبوله النيابة ، فقد سهى سهواً بيناً .

(١) سورة المائدة : ١ .

ولاجل ذلك ترى الاصحاب يصرحون في باب الوكالة بجميع مايقبل الوكالة وما لايقبل من أول الطهارة الى آخر الديات ويذكرونها فرداً فرداً بعد الاشارة الى شرعية أصل الوكالة .

فظهر أن الشك في قابلية الشيء للوكالة لارافع له الا بملاحظة أدلة ذلك الشيء ، فان دلت على اعتبار المباشرة فيه فهو ، وكذا لودلت على عدم اعتبارها وان كانت مجملة ، فالمرجع في كل باب الى الاصل المقرر في ذلك الباب . والله العالم .

تتمة

[قضاء المقلد في حال الاضطرار]

ماذكرناه من عدم جواز قضاء المقلد كان مختصاً بحال الاختيار ، وأما حال الاضطرار — يعني عدم وجود مجتهد في البلد وتعسر الترافع اليه أوتعذره — فيظهر الحال فيه بعد ذكر مقدمة أشرنا اليها اجمالا ، وهي :

ان وجوب القضاء وفصل الخصومات ورفع المنازعات من المستقلات العقلية التي يستقل بها العقل بعد حكمه بوجوب بقاء النظام ، ولذا احتملنا قوياً في الاية الشريفة « ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق »[1] أن يكون المتفرع على الخلافة القيد . أعني كون الحكم على نحو الحق ، بأن تكون شرعية أصل الحكم له معلومة بالعقل المستقل ويكون الغرض من التفريع آكدية الحكم بالحق في حق الخلفاء . لكن ذلك الحكم من العقل على وجه الايجاب الجزئي ، بمعنى حكمه بوجوب وجود القاضي والفاصل في الجملة ، وأما حكمه بوجوب القضاوة على الجميع أوعلى البعض المعين فلا .

---

(١) سورة ص : ٢٥ .

ولا يرد عليه : أن الاجمال في حكم العقل غير معقول ، لان الاجمال ليس في موضوع حكم العقل ولافي محموله بل في مصاديق الموضوع . نظير استقلاله بقبح تناول المضر ، فانه لاينافي شكه في قبح تناول شيء باعتبار الشك في اندراجه تحت مفهوم المضر .

فالذي يقضي به العقل أن يكون شخص قاضياً بين الناس مع عدم ترتب المفسدة على قضاوته ، ولما لم يتشخص عنده هذا الشخص ولايدرك مصاديقه فتعيينه موكول الى الشارع العالم بخفيات الامور ، فتعيين الشرع شخصاً للقضاء تشخيص لموضوع حكم العقل ، كما أن حكم الشرع بأصل القضاء تأكيد لحكم العقل ، فان تعين من قبل الشارع القاضي فهو المتبع ، والافان كان في المكلفين شخص متفق عليه وقدر متيقن وجب الاقتصار عليه ، لان الضرورة تتقدر بقدرها ، والاوجب على المكلفين جميعاً وجوباً عقلياً كفائياً ، لاستحالة التعيين المستلزم للترجيح بلا مرجح .

وهذا أصل عقلي مطرد في جميع الامور الحسبية القاضي باقامتها العقل المستقل ، كاغاثة الملهوف ومحافظة النفوس والاموال الضائعة ونحوها من الامور الحسبية ، فان الضابط فيها ماذكرنا من اتباع التعيين الشرعي للمقيم بها ، ومع عدم التعيين الشرعي فالاقتصار على الشخص المتفق عليه والقدر المتيقن ، ومع التساوي فالوجوب الكفائي .

اذا تحقق ذلك فاعلم : أن حكم النزاع في الموضوعات غير حكمه في الحكم الشرعي ، فهنا مسألتان :

(الاولى) الشبهات الموضوعية

فالذي يقتضيه النظر أن في حال الاضطرار ـ بمعنى تعذر الرجوع والرفع الى المجتهد أو تعسره تعسراً لايرضى الشارع بمثله ـ لايشترط في القاضي الاجتهاد ،

فيجوز للمقلد حينئذ بل يجب وجوباً عقليا ناشئاً من استقلال العقل بمقدماته ولو بملاحظة حال الشارع :

« أحدها » وجوب حسم مادة النزاع والدعوى وعدم جواز الحكم ببقاء الدعاوي غير مفصولة في المنازعات التي هي مجاري البينات والايمان .وهو واضح والالزام اختلال النظام وتضييع الحقوق والاموال المعلوم من الشرع وجوب حفظها كالنفوس حسبة ، بل ربما يؤدي الى ضياع النفوس المحترمة جداً .

« وثانيها » ــ عدم جوازالرجوع الى سلطان البلد وتبعته ، لكون الترافع الى الجائرين رجوعاً الى الجبت والطاغوت المحرم بنص الكتاب العزيز والسنة والاجماع المحقق.

فان قلت :حرمة المراجعة اليهم حال الاضطرار غيرمسلمة، لان الضرورات تبيح المحظورات ، وأي ضرورة أعظم من محافظة النظام والحقوق والنفوس ، فلا يزاحمه شيء من المحرمات .

قلت :المقدمة المحرمة يجوز ارتكابها لبعض الواجبات المهمة اذا انحصرت المقدمات فيها ، وأما مع عدم الانحصار ــ كما فيما نحن فيه لامكان وجوب الحفظ المشار اليه بالمرافعة الى غير الجبت والطاغوت ــ فهي باقية على حرمتها.

فان قلت : ليس في المقام مقدمة مسلمة غيره الا بعد معلومية شرعية قضاء غير المجتهد . وهو أول الكلام .

قلنا : كونه أول الكلام لايلحقه بالرجوع الى الجبت والطاغوت في التحريم لان غاية ماثبت من الادلة عدم شرعية قضاء المقلد في حال الاختيار من جهة عدم الدليل لامن جهة حرمته ذاتاً كالرجوع الى الجبت . ولو سلم حرمته الذاتية فالقدر المسلم منه حال الاختيار لامطلقاً ، وأما الرجوع الى الطاغوت فحرمته

تعم الاحوال كلها جداً .

« وثالثها » ـ عدم وجوب الرجوع الى المجتهد الذي فرض كون الرجوع اليه لبعده عن بلد المخاصمة متعذراً أومتعسراً لايرضى الشارع بمثله ، وهو أيضاً واضح . ضرورة أن مايقع في البلد في كل يوم أو شهر من الدعاوي لو قيل بأنه يجب فيها الرجوع الى المجتهد النائي وأنه لابد للمتخاصمين من شد الرحال اليه في قليل من الدعوى أو كثيره ، كان أمراً مضحكاً لاينبغي نسبته الى عاقل فضلا عن حكيم . وبعد ملاحظة هذه المقدمات فالعقل يستقل بأنه يجب أن يكون في ذلك البلد رافعاً للمخاصمات في الشبهات الموضوعية على وجه تأتي اليه الاشارة .

(المسألة الثانية) ماإذا كان المتنازع فيه من المسائل الخلافية .

مثل منجزات المريض وثبوت الشفعة اذاكان الشركاء أزيد من ثلاثةوتحريم عشر رضعات وأمثالها .

والتحقيق عدم استقلال العقل فيها بوجوب رفع المخاصمات من مقلدي البلد ، لانه لايلزم من عدم فصله مخالفة قطعية أو احتمالية للواقع أزيد مما يلزم من الفصل . وليس فيه أيضاً اختلال النظام. بل يجب عليهم الرفع الى المجتهد النا ي . وليس فيه مشقة أصلا، مثل ماكان في الشبهات الموضوعية ، اذ لايحتاج الفصل فيها الى اقامة بينة وجرحها وتعديلها ، لان الحكم في المسائل الخلافية انما يحصل بمجرد الفتوى ، فيجب على المدعي ترك الدعوى الى أن يستفتي حال المسألة عن المجتهد النائي. وهذا أمر سهل ، لان غاية مافي ذلك استدعاء الاستفتاء زماناً قليلا أو كثيراً ، وترك الدعوى في المسائل الخلافية برهة من الزمان ليس فيه من المحذور شيء .

ومما ذكرنا ظهر الحال في صورة التداعي أيضاً ، فان تكليف المتداعيين

ترك الخصومة الى أن يظهر الحال ، وعلى المؤمنين كفاية يجب منعهما عن الدعوى . كمنع المدعي في صورة عدم التداعي .

كما ظهر أيضاً أنه لايرد علينا لزوم تعطيل المال في بعض المسائل الخلافية، لانه انما يقبح لو كان مستداماً ، وأما مع تمكن الاستفتاء من المجتهد ولو في عرض سنة أو سنتين فلا ضير فيه .

وأما القول بأن متاركة الدعوى أو ترك المدعي للدعوى وعدم فصلها يستلزم العلم بالمخالفة القطعية ، نظراً الى حصول العلم عادة بأن الدعاوي اذا كثرت — ولو في المسائل الخلافية — حصل العلم بحقية بعضها، فيلزم من منع الكل مخالفة علمية .

ففيه بعد مامر من أن الترك ليس مستداماً بل في بردة من الزمان: المنع الواضح لان فصل الدعاوي اذا كان الحق في طرف المدعى عليه عند المجتهد الذي يقضي بينهما يتضمن هذا المحذور أيضاً ، فان كان في منع المدعي عن الدعوى في الدعاوي الكثيرة قبحاً — لاستلزامه المخالفة العلمية — كان قضاء مثل هذا الحاكم أيضاً كذلك .

وبالجملة فرق واضح بين الشبهات الموضوعية والحكمية . فانه لاعلاج عقلا في الاول الا بمباشرة شخص من أهل البلد للخصومات ، لان تكليف المترافعين على شد الرحال الى المجتهد عسر منفي وأمرهما بترك الدعوى تضييع للحقوق وابقاءهما متعاركين ومتنازعين يستلزم الفساد والفتنة المستلزمين لاختلال النظام ، والرجوع الى حكام الجور ركون الى الجبت والطاغوت .

فيتعين أن يكون من المؤمنين من يقوم بموازين القضاء . فان غرض الشارع متعلق باقامتها جداً ، وتعيين المقيم كالنبي والوصي ومأذونهما غرض في غرض، وحيث يتعذر أحد الغرضين لايجوز اهمال الغرض الاخر . بخلاف الشبهة

الحكمية، فانه لو أمر المتخاصمين بترك النزاع الى أن يظهر الحال من المجتهد فلايلزم شيء من المحذورات . وليس لك أن تقول كذلك في الاول ، لان الاستفتاء لاينفع .

هذا كله اذا أمكن الرفع الى المجتهد، وان تعذر اما لعدم وجوده في العالم - العياذ بالله - أو مع وجوده وعدم امكان الرجوع اليه فالحكم في الشبهات الحكمية كما ذكرنا، فيتوقع زمان الاختيار بوجود مجتهد رافع وفاصل للدعاوي .

نعم في بعض المسائل الخلافية يلزم حينئذ تعطيل المال الابدي ، وحينئذ لابد من سلوك طريق سالم عن هذا المحذور ، الأ أنه لو قيل بمتاركة الدعوى حينئذ وابقاء المال في حكم مالا مالك له ظاهراً ان كان المورد من التداعي والافي يد المدعى عليه لم يلزم أيضاً محذور ولايجوّزه العقل أزيد ممايلزم من حكم الحاكم وقضاء القاضي بمجرد الفتوى كما أشرنا .

وأما الشبهات الموضوعية فالحكم فيها أيضاً كما ذكر من وجوب وجود رافع للخصومات من مقلدي البلد، لكن بينه وبين امكان الرجوع الى المجتهد مع التعسر في الاستيذان ، فرق يظهر في ضمن بعض التنبيهات .

[مايختص بأحكام المقلد المنصوب للقضاء]

وينبغي التنبيه على أمور :

(الاول) ان ماسمعت من سقوط شرط الاجتهاد حال التعسر ليس المراد به استبداد أهل البلد في نصب المقلد للقضاء ، بل يجب عليهم الاستنصاب من المجتهد . فينصب المجتهد بعض أهل البلد للقضاوة ، وذلك للقاعدة المشار اليها من الاقتصار على القدر المتيقن ، لان احتمال مدخلية نصب المجتهد في تلك الحالة قائم ومعه لايجوّز العقل - أي لايستقل - باستبدادهم من دون نصب

المجتهد .

فالمراد من كون الاجتهاد شرطاً اختيارياً أنه مع التعذر يجوز قضاوة المقلد بنصب المجتهد ، بخلاف حال الاختيار فانه لايجوز مطلقاً حتى مع النصب .

(الثاني) انه لو قيل بأستبداد أهل البلد وأنه لامدخلية لنصب الحاكم في حال الاضطرار لايجوز لهم الاستبداد أيضاً. نظير مسائل التقليد، فان القول بجواز تقليد المفضول مثلا لاينفع بحال العامي المقلد ، اذ يجب عليه على كل حال الرجوع الى الاعلم .

فالجواز وعدم الجواز في هذه المسائل انما هو حكم المسألة التي يجري على طبقها المجتهد لا المقلد ، بل المقلد يجب عليه سلوك القدر المتيقن ، لان الاخذ بغيره من المسائل النظرية يحتاج الى اجتهاد صحيح ليس المقلد من أهله، والقدر المتيقن في كل مسألة شيء كالرجوع الى الاعلم في مسألة التقليد والاستنصاب من المجتهد فيما نحن فيه ، ثم المجتهد يرى رأيه فيفتي بمقتضى رأيه . فالبحث في أمثال هذه المسائل انما ينفع للمجتهد دون المقلد، وهو واضح ومتضح في محله .

(الثالث) اذا نصب المجتهد مقلداً للقضاء ، ففي جواز قضائه مطلقاً أو في خصوص مالو رفع الى المجتهد لكان حرجاً . وجهان مبنيان على أن العسر والحرج المنفيين في الشرع هل هما منوطان بالحرج والعسر الغالبين أو الشخصيين .

وقد مضى في باب الغصب في اتقان قاعدة لاضرر بعض الكلام في ذلك ، فعلى الاول يقضي مطلقاً وعلى الثاني لايقضي الا في الموارد العسرية والحرجية. وفي غيرها ـ كما اذا لم يكن على المدعي والمنكر المسير الى المجتهد مع البينة والجارح والمعدل عسراً أصلا، أو كان الفاصل لدعواهما هو اليمين خاصة مع

سهولة المسافرة الى المجتهد في غاية السهولة ، يرجع الى المجتهد .

ويمكن أن يقال : انه لو قيل بأن المناط هو الحرج الشخصي لم يلاحظ فيما نحن فيه خصوصيات الموارد أيضاً ، لان تميز موارد الحرج عن غيرها ينجر الى الاحتياط في الموارد المشتبهة وهو بالرجوع الى المجتهد ، فيلزم الحرج والعسر أيضاً . نظير ماقيل في نتيجة دليل الانسداد من بطلان الاحتياط ولو في مجاريه ، لان تميز موارد الاحتياط لعسره ينجر الى الاحتياط في كثير من الشبهات الذي هو عسر ، خصوصاً في حق المقلد العامي الذي لايتمكن من تميز موارده الجلية فضلا عن الخفية .

لكنه قياس مع الفارق ، لان المسافرة الى المجتهد ليست من الامور التي لايعرف سهولتها وصعوبتها كمالايخفى .

(الرابع) هل يجب على المقلد المنصوب القضاء بحسب مايقتضيه تقليده في موازين القضاء أو يجب عليه الاخذ بالطريق الارجح والاقوى ، كموافقة المشهور ان كان من أهل معرفة ذلك ، ونحوه من الامور المقررة المترتبة للتقليد عند عدم المجتهد .

وبعبارة أخرى : حال القضاء بعد فرض نصب المجتهد كحال التقليد في الرجوع الى كتب الاصحاب والاخذ بالمشهور ثم الاكثر قائلا وهكذا ، أو يجب على المنصوب القضاوة على حسب التقليد ؟ وجهان أقواهما الثاني ، لان ترجيحات المقلد لاعبرة بها في نظر الشارع . والاخذ بأقوى الطريقين انما هو تكليف من كلف بالنظر . وأما من منع عنه وأمر بأمر تعبدي كالتقليد فما يلوح له من الظنون الموافقة لذلك الامر التعبدي أو المخالفة له مثل الحجر الموضوع في جنب الشجر . فالتقليد والقضاء حيث يجوز يصدران من مصدر واحد .

ونظير هذا التوهم ماتوهم في رد الاستدلال على وجوب تقليد الاعلم ،

بأنه الاقرب الى الواقع ، من أن قول المفضول قد يكون هو الاقرب لموافقة الشهرة ونحوها . وفساده يظهر مما أشرنا اليه هنا وبسطناه في محله .

(الخامس) هل يجب على المقلد القضاء بحسب تقليد مجتهده أو بحسب رأي المجتهد الناصب له أو يتخير ، والمقصود بيان تكليف المجتهد وأنه بأي شيء يفتي لاتكليف المقلد ، فانه يجب استظهار الحال من السؤال عن المجتهد الناصب على أي حال كما مر .

والظاهر أن المرجع فيه نظر الناصب أيضاً ، ولو للقاعدة المشار اليها من الاخذ بالقدر المتيقن أو لان الطرق المخالفة لرأيه غير فاصل للقضاء ، كما هو الشأن في جميع الامور المختلفة .

(السادس) يجب على الناصب نصب أعلم أهل البلد تقليداً وأورعهم ، الى آخر مايرجح به في المجتهدين من المرجحات ، وهو واضح لانه القدر المتيقن .

(السابع) يجب على أهل البلد في الصورة الاخيرة ـ يعني حال تعذر الاستنصاب أيضاً ـ نصب اعلم أهل البلد للقضاء ، وميزان القاضي حينئذ هو ميزان التقليد عند تعذر المجتهد ، وهو مذكور في محله على نحو من الترتيب . هذا اذا لم يكن المقلد القاضي ملتزماً بتقليد ، والا فيقضي حسبما يقتضيه تقليده .

(الثامن) قضاء المقلد في جميع الفروض المزبورة فائدته رفع الفتنة والفساد ومحافظة الحقوق خاصة ، وأما سائر مايترتب على قضاء المجتهد من الاحكام ـ كحرمة النقض وعدم جواز تجديد المرافعة ـ فلا لان العقل انما يستقل بما ذكرنا ، وأما هذه الاحكام فهي أمور ثابتة من الادلة الشرعية .

وماذكرنا سابقاً من عدم الاحتياج في اثبات حرمة النقض الى غير أدلة

القضاء فانما هو في الادلة الشرعية ، فان لفظ «القضاء» يستفاد منه حرمة النقض أيضاً على ما مر اليه الاشارة . ومن الواضح أن حكم العقل أمرابي معرى عن جميع المفاهيم التي تستفاد من الادلة اللفظية .

ثم ان المحقق القمي قد سمعت أنه تعرض لبعض هذه الفروع في جواب سؤاله، وعلى صاحب المجال المراجعة اليه لابد. والله العالم بحقائق الامور.

التقـاط

[عدم جواز الترافع الى حكام الجور]

لايجوز الترافع والتحاكم الى حكام الجور في حال الاختيار، أي مع امكان الرجوع الى حكامنا بالادلة الاربعة :

(فمن الكتاب) قوله تعالى « ألم تر الى الذين يزعمون أنهم آمنوا بالله وبرسوله يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا ان يكفروا به »[1] .

ورد على ماقيل في حق بعض المنافقين الذي وقع بينه وبين بعض اليهود منازعة حيث رضي اليهودي بحكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وامتنع عن ذلك ورضي بحكم بعض اليهود .

ودلالته على حرمة المرافعة الى الطاغوت المراد به حكام الجور واضحة من احدى الجهتين :

(احداهما) أن يقال : ان التعجب المدلول عليه بقوله « ألم تر » متوجه ومتعلق بالجمع بين زعم الايمان وارادة التحاكم الى الطاغوت ، فيدل على أن زعم الايمان لايجامع تلك الارادة فضلا عن المزعوم به ـ أعني الايمان ـ والمراد ـ أعني التحاكم ـ فيكون الكلام في أعلى درجة البلاغة والمبالغة في

(١) سورة النساء : ٥٩ .

بيان حرمة الترافع اليهم .

(وثانيتهما) كما هو ظاهر مايقتضيه قاعدة اللفظ أن يقال : ان محل التعجب ليس هذا الجمع بين الامرين بل هو ارادة التحاكم الى الطاغوت مع كونهم مأمورين بكفرانه ، فيكون حينئذ أيضاً دليلا صريحاً على حرمته كما لايخفى .

لكن الاول أبلغ وآكد في المطلوب كما قلنا ، لكن يكون العدول من الايمان الى الزعم حينئذ حيث لم يقل « الى الذين آمنوا » بل قال « يزعمون أنهم آمنوا » لنكتتين : احداهما التنبيه على نفاقهم وأنهم يزعمون أنهم مؤمنون وليسوا منهم واقعاً ، والثانية التنبيه على أن ارادة التحاكم الى الطاغوت ناش من نفاقهم أعني الايمان الزعمي ، بناءاً على اشعار التعليق على الوصف بعليته.

(ومن السنة) مقبولة عمر بن حنظلة وفيها : من تحاكم الى الطاغوت فحكم له فانما يأخذه سحتاً وان كان حقه ثابتاً لانه أخذ بحكم الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به [١] .

وكلمة « سحتاً » حال مفسرة للموصوف .

وقد استشكل صاحب الكفاية في كونه سحتاً مع كونه حقاً فيما اذا كان المتنازع فيه عيناً . وفيه ان ظاهر لفظ « السحت » الدين ، لانه عبارة عن مال الغير ، فلا ينطبق على مااذاكان المأخوذ بحكم الطاغوت عيناً اذاكان حقاً ، بأن يكون المأخوذ ماله في الواقع .

ولعله توهم أن السحت مطلق المال الحرام ولو كان مال نفسه اذا حرم لعارض . وهو فاسد . بل السحت لغة معناه مال الغير المحرم . فلا دلالة في الحديث حينئذ على حرمة المأخوذ اذا كان عيناً .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ح ٤ .

ولااشكال ، لان الدين لايتشخص بدفع المدعى عليه كرهاً ناشئاً من حكم الحاكم ، فيكون سحتاً لكونه باقياً في ملك الدافع ، الا أن يتوصل الى حله بنحو آخر خارج عن مفروض الحديث كالمقاصة ونحوها ، وهو خارج عن مدلول الرواية ، ضرورة عدم سوق الحديث لاثبات حرمة المأخوذ بحيث لا يقبل سبباً محللا .

والحاصل ان مقتضى الاجبار الجوري على الدفع أنه لايتشخص ما في ذمة الدافع في المدفوع ، ومعه لاشبهة في كونه سحتاً حراماً . وامكان عروض سبب الحل بعد ذلك لمقاصة ونحوها لاينافي الحكم بحرمته وبكونه سحتاً قبل طرو السبب ـ فافهم .

هذا اذا كانت المقاصة جائزة مع وجود الحاكم وامكان التوصل الى الحق بحكمه ، والافلا اشكال في الحديث أصلا ، لان مفروض الحديث صورة امكان الرجوع والترافع الى حكام العدل ، فيكون المأخوذ سحتاً غير جار فيه التقاص أيضاً .

هذا حكم حال الاختيار ، وأما حال الاضطرار ـ بمعنى عدم امكان التوصل الى الحق الا بالتحاكم الى حكام الجور ـ فالظاهر الجواز . ومايقال من أنه اعانة على الاثم فيحرم ، مدفوع :

أولا ـ بالمنع لاختلاف الحيثيتين ، فان التحاكم حينئذ توصل الى الحق ، فمن هذه الحيثية لايندرج تحت الاعانة ، فان بعض الافعال يتنوع بحسب القصد كما لايخفى . مع أنه لااعانة فيه للحاكم المرجوع اليه أصلا .

وثانياً ـ ان أدلة نفي الضرر حاكم على مادل على حرمة الاعانــة ، نظير حكومتها على سائر التكاليف الشرعية . والله العالم .

التقاط

[لم يجبر واجد شرائط القضاء على القضاء مع وجود مثله]

قال في الشرائع : لووجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجـود مثله ، ولو ألزمه الامام قال في الخلاف لم يكن له الامتناع . لان مايلزم به الامام واجب ، ونحن نمنع الالزام ، اذ الامام لم يلزم بما ليس لازماً ــ انتهى كلامـه رفع مقامه .

وماذكره من عدم الجبر مشكل مع كون القضاء كفائياً . لان الكفائية عند الاكثر تتضمن التعيين الحتمي وان كان فعل البعض مسقطاً . ومع فرض الوجوب التعييني اتجه الاجبار . الا أن يقال : انه بالامتناع يخرج عن القابلية لكونه فسقاً. وهو جيد ، لكن يلزمه عدم الاجبار في صورة الانحصار أيضاً ، مع أنه صرح فيها بالاجبار ووجوب الاجابة .

ويمكن أن يقال : ان القضاء انما يكون كفائياً بعد اذن الامام ، وكلامهم في بيان الحال قبل حصول الاذن ، فهو قبل تحقق الاذن ليس بواجب على أحد ، حتى يكون كفائياً أوغيره .

ويدفعه : أولا ان لازم ذلك عدم الاجبار في صورة الانحصار أيضاً . وثانياً ان القضاء واجب كفائي . واذن الامام شرط الصحة نظير اذن الولي في صلاة الميت ــ فتأمل .

ثم ان ماذكره المحقق في رد الشيخ لايخلو عن غموض واشكال ، وتوضيح المقام ان أمر الامام والزامه على انحاء : منها مايتعلق بالواجبات العينية ، ومنها مايتعلق بالسياسات ، ومنها مايتعلق بالامور العادية الراجعة الى حوائج الامـام عليه السلام كشراء اللحم وتزويج المرأة وماشابههما .

لاشكال في وجوب طاعة الامام عليه السلام في الاول ، لان أمره حينئذ أمر الله تعالى ، بلاتحقيق أن تسمية ذلك اطاعة للامام مسامحة ، لان الامر بالواجبات المجهولة لاجهة له الا الكشف عن أمر الله تعالى وبالواجبات المعلومة لاجهة له سوى الامر بالمعروف المساوي فيه كل الناس .

وكذا لااشكال في وجوب اطاعته في القسم الثاني الراجع الى السياسات المدنية، لان التدبير المدني في الرعية أمر مأمور به من قبل الله تعالى ، فهو راجع الى القسم الاول حقيقة .

وأما الثالث الذي هو مصداق اطاعة الامام عليه السلام ليس الا ، فوجوبها أيضاً ثابتة بالادلة الاربعة ، قال الله تعالى « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول »[1] دل على استقلال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم في الاطاعة ، وهو لايكون الا في الاوامر الراجع مصالحها اليه « ص » .

اذا تحقق ذلك فالامر بالواجبات الكفائية اذا فرض كونه على وجه الحتم والالزام لابد أن يرجع الى أحد القسمين الاخيرين ، فاما أن يكون تعيين الملزم عليه له خصوصية راجعة الى السياسات أو الى الامام عليه السلام . وعلى التقديرين اتجه مافي الخلاف ولايظهر وجه لما ذكره المحقق .

ولعل مراد المحقق أن الامر بالواجبات الكفائية من حيث أنه واجب كفائي لايجب اجابته، لان هذه الحيثية غير ملزمة ، والامر بها لايزيد عن هذه الحيثية، فلو وجدنا الزامه « ع » لواجب كفائي حملناه على الالزام من الحيثية المشار اليها،فلايجب الاجابة لأنه اذا علمنا الالزام زائداً على مايقتضيه الكفائية لم يجب الاجابة أيضاً ، وهو واضح . والله أعلم .

(١) سورة النساء : ٥٩ .

التقـاط

[حكم مايعود الى القاضي من الاموال]

فوائد القضاوة ومايصل الى القضاوة من جهة القضاوة على أقسام بين حلال وحرام :

(منها) ارتزاق القـاضي من بيت المال ، وهو البيت المجتمع فيه مـال المسلمين ،أعني ماأعد لمصالحهم ، كسهم سبيل الله من الزكاة والاجور المحصلة من الاراضي الخراجية والاوقاف العامة لكل المسلمين ،فان هذه الاموال فالمسلمون فيها شرع سواء . وليس المراد به مطلق الزكاة أومايرجع الى الفقراء ، فيجوز لوالي البلد أن يرزق القاضي من بيت المال اذا امتنع من مباشرة القضاوة الابه .

أما على القول بجواز اخذ الاجرة في الواجبات الكفائية فواضح ، فيدل على جواز الارتزاق حينئذ فحوى مادل على جواز أخذ الاجرة ، لان الارتزاق ليس بأجرة حقيقة وان كان يرجع اليها بحسب المعنى .

وأما على القول بعدم جواز أخذ الاجرة فلان الارتزاق لايصدق عليه الاجرة حقيقة كما عرفت فلا مانع منه . نعم مع وجود المتبرع بالقضاوة ففي جـواز الرزق للوالي وجهان : من كون نـصب القاضي من المصالح العامة ، ومن أن مصلحة المسلمين مع وجود المتبرع نصبه لانصب المرتزق . الا أن يكون في نصبه مزية راجعة الى المسلمين .

ولافرق فيما ذكرنا بين صورة الانحصار وعدمه ولابين احتياج المنصوب وعدمه ، لكن في الشرائع الفرق بين الصور ، فاشترط في جواز الارتزاق أحد الامرين اما الحاجة أوعدم الانحصار، فلو لم ينحصر جاز مطلقا ومع كون الافضل عدم الارتزاق عند عدم الحاجة ، وان كان محتاجاً جاز مطلقا أيضاً .

ولعل الوجه في ذلك صدق الرشوة المنهي عنها للقاضي عليه . ولابعد فيه،

الا أن قضية ذلك عدم الفرق أيضاً بين الصور ، كما أن قضية ماذكرنا أيضاً عدم الفرق .

فظهر أن الحق الارتزاق مطلقا، للاجماع ظاهراً على جوازه في الجملة ، فلو كان رشوة حرم جداً ، كما أنه لو كان أجرة كان حاله حال أخذ الاجرة في سائر الواجبات الكفائية ، مع أن جواز الارتزاق في الجملة لااشكال فيه ولاخلاف، وهذا يدل على مغايرة حقيقته لحقيقتهما .

(ومنها) أخذ الاجرة .

وجوازه مبني على أخذها في الواجبات الكفائية ، وقد بسط الاستاذ دامت افاداته المقال في هذا المجال في المتاجر مع زيادة توضيح وتحقيق .

وجملة القول فيه : ان مقتضى القاعدة أن مادل على صحة الاجارة وما في حكمها لامانع من العمل به في الواجبات حتى العينية فضلا عن الكفائية من حيث أنها واجبات ، بل المانع من العمل به أحد أمور اذا وجد أحدها حرمت الاجرة مطلقا واجباً كان المتعلق أوغيره :

أحدها - أن يكون المتعلق مما لاينتفع به المستأجر ، فالادلة الدالة على الاجارة غير شاملة لمثل ذلك ، بل الدليل على فسادها حينئذ موجود . لكونه أكلا للمال بالباطل ، لان العمل اذا لم يكن يصل نفعه الى المستأجر لم يصلح للعوضية، فيكون شبيه البيع بلا ثمن .

ويتفرع على هذا الشرط فساد استيجار الشخص لما يجب عليه من العمل كصلاة الظهر مثلا. فان عبادة كل شخص لاتنفع الابحاله ، وفرض بعض الفوائد على مثله - كتحصيل الثواب بتعويد الشخص على العبادة وماأشبهها - فوائد راجعة الى الاستيجار والتعويد وليست راجعة الى نفس العمل كما لايخفى .مع أن فرض بعض الفوائد اذا لم يكن معهوداً في نوع العمل المستأجر عليه لاعبرة

به في أحكام العقود المعاوضية كما لايخفى .

وقد يتوهم أن الواجب من حيث كونه واجباً ينافي أخذ الاجرة بأزائـه ، وهو ممنوع الا أن يرجع الى الشرط الثالث .

وثانيها ـ أن لايكون الاثر المتعلق مشروطاً بأمر ينافيه ايقاعه للغير .

[الكلام في الاستيجار على بعض العبادات]

ويتفرع على ذلك عدم صحة الاستيجار على بعض العبادات الغير واجبة ، كالصلاة المعادة وكغسل الجمعة ، فان أثر العبادة مشروط بقصد القربة ، وينافيها ايقاع العبادة وفاءاً للمستأجر .

وقديتوهم أن الامر بوفاء العقد يؤكد جهة التقرب فضلاعن أن يكون مانعاً. وهوسهو ، لان الامر بالوفاء انمايعقل امتثاله وترتب الثواب عليه بعد امكان تسليم العمل الذي هو محقق عنوان الوفاء . والعمل الذي وقع عليه الاجارة انما هو التعبد بالصلاة لانفسها ، والتعبد بها ـ مع كون الداعي والمحرك اليها هو تملك الاجرة ـ غير معقول .

فان قلت : يمكن أن يأتي بالصلاة لغير هذا الداعي ، بـل لداعي الامر بالوفاء بمقتضى الاجارة ، فان هذا أمر ممكن ، فاذاتمكن من ذلك صحت الاجارة ووجب الاتيان لاجل هذا الداعي المحصل للتقرب مقدمة للوفاء المأمور به ، اذ الصلاة حينئذ عبادة لكونها مصداقا للوفاء المأمور به . ولايشترط في كون الشيء عبادة امكان التقرب بها من جميع الجهات والعناوين .

قلت : هذا التقرب انما حصل بقصد امتثال الامر بالوفاء ومقدمة الوفاء التي يحتاج اليها هو التقرب الذي يتعلق به الامر بالوفاء ، أعني التعبد بالصلاة والتقرب بها مع قطع النظر عن هذا الامر ، اذ المفروض اعتبار التقرب فيمـا يتحقق به

الوفاء ، أعني مايوفى به .

ومن الواضح عدم صلاحية التقرب الحاصل من امتثال الامر أن يكون مجزياً عن التقرب المعتبر في المأمور به . نعم لو أمكن التقرب بالصلاة مثلا مع قطع النظر عن كونه وفاءاً مأموراً به أمكن حصول تقرب آخر فيه بملاحظة كون هذا المتقرب به امتثالا لامر آخر وهو الامر بالوفاء ـ فافهم .

فان قلت : يمكن التقرب بالصلاة باعتبار كونها راجحة في نفسها مع قطع النظر عن كونها متعلقاً للاجارة ، فيصح الاستيجار لها حينئذ ويجب على الموجر اتيانها بداعي رجحانها الذاتي .

قلت : رجحانها الذاتي انمايعقل ان يكون منشأ للتقرب اذاكان هو الداعي، وكونه داعياً انما يعقل اذا كان لغير الاجارة ، والا فيؤل الامر الى كون الاجرة داعياً الى الداعي الذي هو الرجحان ، وهو ينافي التقرب ،كما اذا كان الداعي هو نفس الاجرة ابتداءاً . فلافرق بين أن يكون الداعي الى الصلاة مثلا ابتداءاً غير رجحانها الذاتي أو يكون الداعي اليها منتهياً الى الغير .

فان قلت : قد ورد بعض العبادات لبعض الغايات كسعة الرزق وحصول الولد، وهذا يبطل ماقلت ، فلاينافي القربة المعتبرة في الصلاة كون الداعي الى التقرب بها التوصل الى بعض المنافع المباحة .

قلت :فرق واضح بين كون المنفعة المباحة الداعية الى التقرب ـ أعني فعل الصلاة مثلا ـ الله من الخالق وبين كونها من المخلوق، فان الثاني ينافي القربة دون الاول ـ فافهم .

هذا، وربما يتوهم أن ماذكرناه من منافاة قصد القربة للاستيجار فيما يعتبر فيه التقرب يستلزم القول بعدم صحة استيجار الولي للقضاء عن الميت وان صح التبرع بالقضاء عنه ، وكذا الاستيجار بسائر العبادات المشروع فيها التبرع بها عن الغير

كتلاوة القرآن وزيارة الائمة وصلاة الهدية وأمثالها، نظراً الى عدم منافاة التبرع لقصد القربة فيها ، بخلاف قصد أخذ الاجرة .

وعلى ذلك يبنى قول جماعة بالمنع عن الاستيجار للصوم والصلاة عن الميت مع القول بصحة التبرع بهما عنه. وهو خطأ لان الاجارة فيما ذكر انما يقع على النيابة لاعلى متعلقها - أعني نفس العبادة . والنيابة نفسها ليست من العبادات المتوقف صحتها على قصد القربة حتى ينافيه الاستيجار ، بل هي من المعاملات التي يؤثر أثرها بلاقربة ، سواء كان متعلقها من المعاملات أيضاً أم من العبادات ، فالاجير النائب ينزل نفسه بمنزلة المستنيب تنزيلا جعلياً وفاءاً لعقد الاجارة ، وبعد هذا التنزيل يكون بمنزلة المستنيب ، فيتوجه اليه الامر المتوجه الى المستنيب ، فيكون فعله فعله وتقربه تقربه . وهذا - أعني صيرورة فعله فعله - هو المراد بأثر النيابة .

[حقيقة النيابة وآثارها]

وتوضيح المقام يستدعي كشف القناع عن حقيقة النيابة وذكر بعض مايترتب عليها من الاثار ، فنقول :

ان النيابة عبارة عن تنزيل الشخص نفسه بمنزلة شخص آخر فيما يكون له أولا وبالذات من الافعال . ثم اتيان المنوب فيه بقصد النيابة . وهو أمر من الامور الواقعية الخارجية المتعارفة بين الناس ، ولايقدح في كونها من الامور الواقعية كونها أمراً اعتبارياً كسائر الامور الاعتبارية المتعارفة بين الناس ، مثل الذمة وتملك المعدوم ونحوهما من الامور الاعتبارية ، بل التحقيق أن اكثر مايجري بين الناس من المعاملات التي أمضاها الشارع لاحقيقة لها سوى الاعتبار، كالوكالة والضمانة والكفالة والوصاية وأمثالها من المعاملات .

والفرق بينها وبين الوكالة أن الوكالة صفة قائمة بالوكيل حاصلة من التوكيل،

بخلاف النيابة فانها عبارة عن فعل النائب وتنزيله نفسه منزلة المنوب عنه من غير حاجة الى الاستنابة . نعم ربما يتوقف ترتب أثرها التي يأتي ذكره عليها على الاستنابة بحيث لايترتب شيء على التبرع بها ، كما في النيابات المتعارفة في الامور العادية . فان النيابة في تلك الامور لاتجدي شيئاً الابعد تحقق الاستنابة، فمن قبّل يد زيد نيابة عن عمرو مثلا فتقبيله لايكون بمنزلة تقبيل عمرو الا بعد استنابة عمرو له في التقبيل . وكذلك في اكثر الشرعيات، فان النيابة فيها أيضاً غير مؤثرة الا بعد الاستنابة .

نعم في بعض العبادات حصل من الشارع امضاء الشارع النيابة التبرعية كالزيارة مثلا . لكنه يقتصر فيه على مورد الامضاء ، كما أنه يقتصر في تأثير النيابة مطلقاً حتى مع الاستنابة على الامضاء الشرعي والرخصة الشرعية . فالوكالة نظير الوصاية صفة من الصفات .

والنيابة فعل نفساني يعرض الفعل الخارجي ، فيكون عنواناً له ، كالتواضع والاكرام العارضين للقيام ، كما أن الضمانة فعل يفعل بالجوارح .

والغرض ان النيابة حيثما تصح تجري مجرى البيع والصلح ونحوهما من المعاملات في كونها فعلا اختيارياً سبباً لبعض الاحكام على حد سببية المبيع مثلا للملكية ، وأما أثر النيابة وفائدة ذلك التنزيل التي تجري مجرى فائدة البيع ـ أعني الملك ـ فهو صيرورة النائب بمنزلة المنوب عنه وصيرورة فعله بمنزلة فعله ، كما أن فائدة الضمانة صيرورة الضامن كالمضمون عنه وصيرورة ما في ذمته من الدين في ذمة الضامن .

ويتفرع على ذلك أنه اذا كان المنوب فيه من العبادات توجه التكليف المتوجه الى المنوب عنه وجوباً أو ندباً الى النائب كذلك بعد فرض صحة النيابة ، لان النائب اذا صار بحكم العرف بعد امضاء الشارع بمنزلة المنوب

عنه فلامعنى للمنزلة حينئذ الاثبوت ماكان ثابتاً في حق المنوب عنه من الاحكام الشرعية ولوازمها في حق النائب .

هذا مايساعده بعض الانظار القاصرة التي منها نظري الفاتر .

وأما الذي تلقيناه من الاستاد فهو أن النيابة عنوان يلحق للفعل المنوب فيه وبه يصير متعلقاً للاجارة وهو كون الصلاة مثلا عن فلان . فالصلاة من حيث ذاتها عبادة ومن حيث وصفها – أعني تقيدها بكونها عن الغير – معاملة محضة ، نظير الصلاة والصلاة في البيت . فكما أن اعتبار القربة في الصلاة لاينافي عدمها في وقوعها في البيت حتى أنه يجوز أخذ الاجرة على ايقاع الصلاة في البيت مثلا ، كذلك لاينافي القربة في فعلها ذاتاً عدم القربة في فعلها نيابة .

وقد انكشف مما حققنا أمور لابأس بالاشارة اليها قبل التكلم في أصل المسألة استكثاراً لتوضيح الحال :

(احدها) عدم الفرق بين النيابة في المعاملات كالتزويج والبيع والصلح وبينها في العبادات في كون كل منهما من قبيل المعاملات الغير المشروطة في تأثيراتها بقصد القربة . وان الفرق انما هو بين الفعل المنوب فيه ، فكما أن النيابة في الفعل تؤثر أثرها المشار اليها – أعني صيرورة بيع النائب بمنزلة بيع المنوب عنه – من غير اشتراطها بقصد القربة كنفس المنوب فيه – أعني البيع – كذلك النيابة في الزيارة أو الصلاة مثلا تؤثر الاثر المذكور وتجعل زيارة النائب بمنزلة زيارة المنوب عنه من غير اشتراط نفسها بالقربة، على خلاف المنوب فيه الذي هو الزيارة مثلا .

نعم يحتاج في صحة النيابة في الاول الى استنابته من المنوب عنه سابقاً أو لاحقاً . بخلاف صحتها في الثاني فانها غير محتاجة الى شيء منها ، لامضاء الشارع وحكمه بصحة التبرع بها في العبادات المعهودة كما أشرنا اليها آنفاً .

(وثانيهـا) عدم توقف تأثير النيابة في الحكم الوضعي المشار اليه على استحبابها . بل يؤثر ولو لم يكن مستحباً ، بل ولو كانت بلاحكم أصلا حتى الاباحة، كما لوفرض غفلة النائب عن حكم النيابة التكليفي، فانها حينئذ لاحكم لها جداً ويقتضي ثبوت الحكم الوضعي قطعاً ، نظير سائر المعاملات . فعلى القول بعدم اقتضاء النهي فيها للفساد يكون صحتها غير منافية لحرمتها أيضاً .

وبالجملة أفرض النيابة كالبيع وقل فيها ماتقول فيه . ومنه يظهر أنه يجوز أن يكون حكم النيابة وحكم المنوب عنه فيه متخالفين، فيجوز أن يكون المنوب فيه مستحباً أو واجبا على المنوب عنه عباديا أوغيرد والنيابة جائزة أو مكروهة أوحراماً، لان متعلق النهي انماهي النيابة ، فلوعصى النائب وناب النيابةالمنهي عنها كان كمن غصب المبيع وباع بالبيع المنهي عنه . فعلى القول بعدم فساد البيع حينئذ وحصول الملك به تكون النيابة المحرمة أيضاً صحيحة ويترتب عليها مايترتب على النيابة المباحة أو المستحبة .

ولكن هذا مجرد فرض لاواقعية له في الشرعيات، لان النيابات المشروعة كلها مباحة أو مستحبة وليست منهياً عنها ، لان مشروعيتها ثبتت بدليل خاص لابدليل عام ، كالامر بوفاء العقد حتى يتعلق النهي ببعض أقسامها مع الحكم بصحتها نظراً الى ذلك الدليل العام ، وان تحريم السبب من حيث هو لاينافي ترتب المسبب _ فافهم .

لكن جواز كون النيابة حراماً مع كون المنوب فيه عبادة مبني على التصوير الاول في معنى النيابة من كونها عبـارة عن التنزيل النفساني ، فعلى التصوير الاخير لابد أن لايكون حراماً . نظير الفرق بين الاباحة والحرمة في مسألـة اجتماع الامر والنهي ، فافهم كما أن اكثر مانبهنا عليه من الامور مبني أيضـاً على ذلك التصوير _ فافهم .

(وثالثها) ان النائب في العبادات ينوي النيابة أولا، وهو التنزيل الاقتراحي المتعارف الذي أمضاه الشارع من دون اشتراطه بقصد التقرب ، ثم يأتي بالفعل العبادي متقرباً الى الله ، بأن يقصد امتثال أمر المنوب عنه . فالنائب في الزيارة مثلا يتقرب بالزيارة الى الله تعالى نيابة عن المنوب عنه لا بالنيابة به ، ومعناه عند التحليل أن هناك فعلين متغايرين :

أحدهما ـ فعل قلبي معاملي مستتبع لاثر وضعي ، وذلك الفعل هو النيابة والاثر هو صيرورة النائب بمنزلة المنوب عنه . وهذا الفعل غير مشروط بقصد القربة ، بل عرفت أنه يمكن أن تكون محرمة فضلا عن أن تكون مستحبة أو مباحة .

والاخر ـ فعل ظاهري صادر من الجوارح ، عبادي مشروط صحته وترتب الاثر المقصود عليه بقصد القربة، والتقرب بأحد الفعلين غير متوقف على التقرب بالاخر ، فيمكن أن يتقرب بالنيابة دون الفعل المنوب فيه ، كما اذا كان الفعل من المعاملات كالبيع مثلا وعرض للنيابة رجحان عرضي مثل عنوان الاجابة ونحوه، فالنائب له أن يتقرب حينئذ بما يفعله نيابة، لكن التقرب حينئذ انما هو بفعله القلبي أعني النيابة دون الفعل الظاهري أعني الايجاب والقبول . ويمكن العكس أيضاً، بأن يكون المنوب فيه من العبادات الراجحة ، فان التقرب حينئذ يحصل بالفعل العبادي خاصة مع قطع النظر عن النيابة .

وأما النيابة فيمكن فرض التقرب بها أيضاً اذا كان الداعي اليها رجحانها الشرعي على ماينطق باستحبابها في بعض العبادات كالزيارة وتلاوة القرآن جملة من الاخبار. ويمكن وقوعها بلا قربة اما لغفلة النائب عن رجحانها الشرعي أو للجهل به ، كما في اكثر نيابات العوام عن اخوانهم المؤمنين في الزيارات وغيرها من العبادات، فانها في هذه الصورة لا يعقل التقرب بها، بل التقرب حينئذ مختص

بذلك الفعل العبادي المنوب فيه أولعدم قصد القربة مع الالتفات الى حكمها التكليفي باعتبار كون الداعي اليها أمراً خارجاً عن الرجحان الشرعي كأخذ الاجرة أوملاحظة الصداقة أو نحو ذلك .

والحاصل ان وقوع القربة لا ينافي وقوع الفعل المنوب فيه متقرباً بـه ، فينوي النائب في الصلاة مثلا أنه يصلي متقرباً الى الله تعالى نيابة عن زيد مثلا .

لايقال : ليس القربة الا كون الداعي الى الصلاة أمر الله تعالى ، وكون الداعي أمر الله كيف يجامع كون النيابة في فعل الصلاة لاخذ الاجرة أوملاحظة الصداقة مثلا .

لانا نقول :ان توهم المنافاة بينهما نشأ من الغفلة عما بينا من معنى النيابة ، لانك اذافرضت النيابة فعلا والمنوب فيه فعلا آخر اندفع التوهم جداً، لان اختلاف الدواعي انما يمتنع مع اتحاد الفعل لامع تعدده. وكون الفعل الخارجي لاتعدد فيه ، قد عرفت أنه غير قادح ، لان أحد الفعلين ــ وهو النيابة ــ فعل قلبي يعبر عنه بالتنزيل في النفس وليس بفعل خارجي ، وانما الخارجي المنوب فيه .

وبالجملة اذاحصلت النيابة صار النائب بمنزلة المنوب عنه، فيتوجه اليه الامر الذي كان متوجهاً الى المنوب عنه ، فان كان المنوب فيه من تكليفات المنوب عنه خاصة كالصلاة عن الميت فتوجه الامر الى النائب حينئذ واضح ، وأما اذا كان مشتركاً بينه وبين النائب في المطلوبية ــ كالزيارة وتلاوة القرآن حيث أن النائب مأمور بالامر الندبي بهما نحو مأمورية المندوب عنه ــ فاذا قصد النيابة توجه اليه أمر المنوب عنه أيضاً .

فخاصية النيابة في العبادات اثبات أمر المنوب عنه في حق النائب، وبعد ذلك يتقرب بذلك الامر كأنه يتقرب به المنوب عنه ، ففعله فعله وتقربه تقربه ،

كما أن أمره أمره، وقضية ذلك أنه لا يصل اليه من ثواب العمل شيء بل الى المنوب عنه خاصة . نعم اذا نوى القربة في أصل النيابة كان له ثواب امتثال الامر الندبي المتعلق بالنيابة .

(ورابعها) ان النيابة كسائر المعاملات أمر توقيفي لابد من ثبوت شرعيتها شرعاً ولو امضاءاً كما أشرنا اليه، ولذا لاتصح النيابة في بعض العبادات كالطهارة والاغسال المندوبة لعدم ثبوتها فيها، بخلاف البعض الاخر كالزيارة والصلاة والتلاوة وطريق الامضاء بنحو القول بأن من ناب في عمل كذا عن آخر وصل اليه ثوابه، وهو واضح .

ومن طريق الامضاء الامر بها والتصريح باستحبابها ، لان استحباب النيابة ليس الا لكونها صلة واحسانا ، وكونها كذلك يتوقف على صحتها والالم تكن كذلك. واذا دل دليل على استحبابها في شيء دل دلالة عقلية التزامية على صحتها وترتب الاثر عليها، وهو وصول ثواب العمل ان كان عبادة أو فائدته ان كان غيرها الى المنوب عنه ، بخلاف استحباب سائر المعاملات ، كاستحباب البيع مثلا، فانه لايدل عقلا على صحته الامن جهة أخرى خارجة عما ذكرنا ، وهي دعوى أن الشارع لايحكم بصحة معاملة فاسدة ـ فافهم .

(وخامسها) ان التبرع شرط في استحباب النيابة للعبادات التي ثبت شرعيتها فيها ، لقصور الادلة عن الدلالة على استحبابها مطلقا ولو مع أخذ الاجرة ، لو لم تكن صريحة أو ظاهرة على اشتراط التبرع وليس شرطاً لصحة النيابة بل لا يعقل أن يكون شرطاً لها ، لان النيابة قبل اتصافها بالصحة لاتتصف بالتبرع ولايصدق عليها جداً ، لان النيابة المجردة عن ملاحظة صحتها وترتب أثرها ـ أعني ايصال النفع والثواب الى المنوب عنه ـ ليس عطاء لشيء على الغير بل هو لغو صرف .

والتبرع مأخوذ في حقيقة العطاء المجاني ، ويشبه الهبة المجانية والهدية ومعناه الفارسية پيش كش ، واذا كان كذلك امتنع ثبوت الصحة للنيابة التبرعية بل لابد من ثبوتها للنيابة من حيث هي .

وهذا أصل مطرد ، وهو أن القيد اذا كان متأخراً في الرتبة عن المحمول امتنع اعتباره في الموضوع ثم اثبات المحمول على مجموع القيد والمقيد .

(وسادسها) ان العبادة اذا شرع فيها النيابة جاز الاستيجار عليها واذا لم يثبت لم يجز . لان الاستيجار في الاول استيجار على غير العبادة حقيقة وفي الثاني عليها نفسها ، فيمتنع كما أوضحناه كمال الايضاح .

[جواز النيابة عن الاموات]

اذا عرفت هذه الامور اتضح لك مسألة جواز الاستيجار للصلاة ، وتحرير المسألة : أن جماعة منعوا الاستيجار على العبادات للغير وجوزوا التبرع بها عنه في المواضع المعهودة التي ثبت شرعية النيابة فيها ، كالصلاة عن الميت والزيارة ونحوهما ، استدلالا بأن الاستيجار ينافي قصد القربة المعتبرة في العبادات ، وبأن أدلة النيابة انما اقتضت شرعيتها في حق الولي أو المتبرع ، فالاستيجار عليها استيجار على مالم يبلغ صحته .

وكلاهما قد ظهر فسادهما بما لامزيد عليه :

فان الاول مردود بما مر من أن الاجرة انما هي في مقابل النيابة لا في مقابل العبادة حتى ينافي قصد القربة ، وقد عرفت أن عدم قصد التقرب في النيابة لا ينافي قصده في المنوب عنه وبالعكس ، والالزام فساد النيابات الشرعية أيضاً اذا كان المتبرع غافلا عن رجحان النيابة ناوياً لغرض آخر كمحافظة الصداقة غير الرجحان.

وكذا الثاني مردود بما أشرنا اليه في الامر الخامس من أن اشتراط صحة

النيابة بالتبرع بها غير معقول فضلا عن كونه تقييداً لما دل على الصحة بلادليل مضافاً الى أن التبرع مسكوت عنه في القسم الاول من طريق الامضاء ، اذ ما دل على شرعية النيابة في مثل الصلاة والزيارة وأنهـا سبب لوصول الثواب المندوب فيه الى المنوب عنه مطلقة غير مقيدة بالتبرع .

نعم لايبعد أن يقال : ان مادل على استحباب النيابة فيها وأنه يكتب للنائب مثل مايصل الى المنوب عنه أو ضعفه ظاهر في التبرع ، فيكـون الاستحباب مقيداً به بحيث ينافيه الاجرة كما أشرنا اليه أيضاً ، مـع أن ماثبت في الحج من الاستنابة عند العجز والاستيجار للنيابة فيه نقض على الاستدلال الاول .

وبالجملة جواز الاجارة في العبادات يتوقف على ثبوت شرعية النيابة فيها ولو تبرعا، واذا ثبت شرعيتها وأنها تصير سبباً لسقوط الامر عن المنوب عنه ووصول ثواب العمل بكليته اليه صح الاستيجار على النيابة حينئذ لعموم أدلة الاجارة.

ومن هنا قال الشهيد في محكي الذكرى : هذه المسألة ـ أعني الاستيجار على فعل الصلاة الواجبة ـ مبنية على مقدمتين : احداهما جواز الصلاة للميت وهذه اجماعية والاخبار الصحيحة ناطقة بها كما تلوناها. والثانية أنه كلما جازت الصلاة عن الميت جاز الاستيجار عنه، وهذه المقدمة داخلة في عموم الاستيجار على الاعمال المباحة التي يمكن أن تقع للمستأجر عنه ، ولايخالف فيها أحد من الامامية ولاغيرهم ، لان المخالف من العامة انما منع لزعمه أنه لايمكن وقوعها للمستأجر عنه. أما من يقول بامكان وقوعها له ـ وهم جميع الامامية ـ فلا يمكنه القول بمنع الاستيجار الا أن يخرق الاجماع في احدى المقدمتين ـ انتهى كلامه رفع مقامه وقد بلغ في المتانة وحسن الاستدلال أقصاه .

والظاهر أنه أراد بالعمل المستأجر عليه فيما نحن فيه النيابة دون الصلاة المنوب فيها، كما يشعر به التمسك بعموم الاستيجار على الاعمال المباحة ـ فافهم وتأمل.

وهو عين مافصلناه وحققناه كما هو الشأن في كثير من تحقيقاتنا في الاصول والفقه حيث أنها شرح وتوضيح وكشف قناع عن مراد الاساطين السابقين . بل واليها يرجع أيضاً ماعن ابن طاوس في البشرى من الاستدلال على صلاة النيابة باجارة تبرعاً أو بوصية نافذة بما ورد في قضاء الصلاة عن الميت من الاخبار ، فان هذه الاخبار مع عدم نهوضها بالتصريح على الاجارة تكفي في المدعى بعد ملاحظة عمومات الاجارة كما عرفت في كلام الشهيد .

ومن جميع ماذكرنا سقط ماذكره بعض أهل النظر من محشي الروضة في مقام الرد على السيد وعلى الشهيد حيث قال في المقام الاول : انه ليس في الاخبار تصريح بجواز فعل الاجنبي والاستيجار بل وردت على وجه الاطلاق، مع أن بعضها مقيد بالولي، والموافق للاصول وجوب حمل المطلق منها لو أريد مافاته الميت على المقيد وايجابه على الولي .

وفيه : انه لاحاجة الى التصريح كما عرفت ، بل يكفي في صحة الاستيجار مجرد ثبوت شرعية القضاء عن الميت، مع أن ماادعاه من أن الموافق للاصول تقييد المطلق منها بالمقيد مخالف للاصول ،لان الشيئين لايحمل أحدهما على الاخر في الاحكام الوضعية التي منها المقام ، أعني صحة القضاء عن الميت ، مع أن قضية المطلقات جواز القضاء عن الميت وقضية المقيد وجوبه على الولي وفي مثله لايحمل المطلق على المقيد أيضاً .

وقال في المقام الثاني مالا يخلو عن اجمال واشكال فلنذكره بعباراته، قال بعد نقل كلام الشهيد المتقدم : ولا يخفى أن ماذكره من الاجماع على جواز الصلاة عن الميت ان أراد به مايفعل الولي فمسلم بل يجب عليه ان كان ممافاته وان أراد غيره فلا الا مع التبرع تطوعاً ، وما قال بدخولها في عموم الاستيجار على الاعمال المباحة التي يمكن وقوعها للمستأجر عنه ، فامكانها ممنوع مع أن

الاباحة في العبادات غير متصورة بل انها راجحة الفعل ، ولاسيما مع توجه التكليف بها في حياته والى الولي بعد وفاته ، ويكون حينئذ نيابة الحي ممتنعة كما صرحوا به . ومنه يعلم حال الاجماع ، بل المفهوم من الروايات التبرع على وجه التطوع ، وبعضهم جوز الاجارة فيه كالاجير في الذبح وهو في محل النظر أيضاً . نعم كل راجح اذا خوطب به مع الاذن في الاستنابة يمكن الاجرة فيه اذا لم يجد المتبرع ، لكن المخاطب هنا ليس الميت حتى يجوز الاستنابة للعذر ، والتبرع عند التحقيق لايرد على وجه الخطاب وانما هو كالاهداء اليه كما لايخفى على من تأمل في تلك الروايات . فالقول بالاستيجار مطلقاً لايخلو عن ضعف ، والعمل بالوصية انما يتصور في المشروع ، ومشروعية الاستيجار ممنوع كما عرفت ــ انتهى كلامه رفع الله مقامه .

ولا يخفى مافيه من اشتباه المراد ، فان أراد ماذكرنا في تقرير الاستدلال الثاني من الفرق بين التبرع والاستيجار بحسب المستفاد من الادلة ففيه ماعرفت وان أراد انكار النيابة رأساً وان القدر الثابت من الروايات أنه يجب على الولي صلاة مافات عن الميت وان الاجنبي له أن يتطوع الصلاة هدية للميت لا النيابة ــ كما لعله المظنون الظاهر من مجامع كلماته ــ ففيه أنه مكابرة واضحة . كيف وقضاء الولي لامعنى له الا نيابة عن الميت ، وكذا تبرع الاجنبي عبارة عن نيابته عنه تبرعاً .

وأما ماذكره من أنه لامعنى للاباحة في العبادة . فقد عرفت مابه يندفع ذلك في شرح مراد الشهيد حيث قلنا ان مراده من العمل المستأجر عليه هي النيابة دون الصلاة .

وأما تضعيف اطلاق القول بالاستيجار . فالمراد به غير واضح . فان أراد به صحة الاستيجار مع الاذن في الاستنابة . ففيه أنه غير محتاج اليه بل يكفي شرعية

النيابة، وبعد ثبوتها ثبت الاذن بعمومات الاجارة. وان أراد به الفرق بين استيجار الولي وغيره بالتزامه صحة الاول دون الثاني على أبعد الاحتمالين ، فهو تحكم والتأمل في سائر كلماته يقضي ببعض التشويش .

[اهداء ثواب العبادات للاموات أو الاحياء]

هذا تمام الكلام في مسألة النيابة ، بقي الكلام في مسألة أخرى قريبة منها في الثمرة وأدق منها في النظر . أعني صلاة الهدية للاموات بل الاحياء أيضاً ، على ماوردت به بعض الروايات ، فنقول :

ان ههنا مطلبين : أحدهما اهداء ثواب العمل بعد وقوعه وبذله على الغير والثاني الاستيجار على صلاة الهدية، ويندرج تحته الاستيجار على صلاة الوحشة ليلة دفن الميت .

(أما الاول) فالظاهر المصرح به في الاخبار عدم الاشكال في جوازه وأنه بعد الاهداء يصل الى المهدى اليه ثواب ذلك العمل . نعم في المعاوضة عليه وجعله عوضاً في مثل البيع والصلح وسائر العقود العوضية نوع تأمل ، لان ثواب الله في الاخرة ــ وان كان أمراً مملوكاً له مستحقاً عليه ــ الا أنه لاسنخية له مع الاموال والاعمال الدنيوية، ولم تجر عادة الشرع ولا العرف على احتسابه من الماليات والا لم يبق فقير في الدنيا ، لانه يتمكن حينئذ أن يبيع أو يصالح شيئاً من مثوباته الاخروية بشيء من الاموال الدنيوية وربما يصير بذلك الشخص مستطيعاً ، وهو غير مأنوس وغير معهود بين المتشرعة جداً .

وبالجملة ثواب الاخرة مملوك جداً على نحو آخر من المملوكية بين قابل للاهداء وممتنع لقبول المعاوضة عليه .

(وأما الثاني) أعني الاستيجار على صلاة الهدية ــ ففيه غموض واشكال ،

لانه ليس في المقام عنوان عملي غير نفس العبادة الخارجية حتى يجعل متعلق الاجارة ذلك العمل ويبقى قصد القربة في نفس العمل العبادي سليماً عن المنافي بل عنوان الهدية بالنسبة الى صلاة الهدية مثلا مثل عنوان الاعادة بالنسبة الى الصلاة المعادة. أمر اعتباري انتزاعي بعد الفعل بملاحظة بعض عوارضه كالاهداء فحالها حال المعادة في عدم قبول الاستيجار على التطويـل الذي ارتكبناه في توضيح الحال .

اللهم الا أن يفرض هنا فعلان وعنوانان أيضاً، ويجعل متعلق الاجارة الفعل الغير العبادي كالنيابة ، بأن يقال اهداء الشيء أمر مغاير لذلك الشيء المهدى عرفاً سواءكان المهدى عيناً خارجياً كاهداء العبد والثوب أوعملا من الاعمال ايضاً . اذ الاهداء فعل واحد يعرفه أهل العرف ولا تتفاوت حقيقتــه باختلاف المهدي ، فكما الاستيجار على اهداء الثوب ليس معاوضة على نفس الثوب بل داخـل في المعاوضة على الاعمال ،كذلك الاستيجار على اهداء الصلاة أمـر لايرجع الى المعاوضة والاستيجار على المهدى ــ أعني الصلاة .

لايقال : الاهداء مأخوذ في حقيقته التبرع ، فاذا اشترط الاجرة على اهداء الثوب ــ فضلا عن اهداء الصلاة ــ خرج الفعل المستأجر عليه عن كونه اهداءاً.

لانا نقول : انما نمنع الخروج والتوهم انما ينشأ من ملاحظة المستأجـر والمهدى اليه شخصاً واحداً ، فليفرض مغايرتهما، بأن وقع الاجارة على اهداء الثوب مثلا لاجنبي غير المستأجر فانه بالنسبة الى ذلك الاجنبي المهدى اليه اهداء لانه بالنسبة اليه تبرع ، اذالاجرة انما أخذها المهدي بصيغة الفاعل من غير المهدى اليه .وهذا يشهد بأن أخذ الاجرة على الاهداء لايخرجه عن كونه اهداءا.

وهذا مثل أخذ الاجرة على ضيافة العلماء مثلا . فان عنوان الضيافة في نفسه خال عن الاجرة ، وأخذ الاجرة انما هو لهذا العمل الخالي عن الاجرة . ولو

سلم خروجه عن حقيقة الهدية والتبرع فلا يقدح فيما نحن بصدد تصحيحه من الاستيجار على فعل الصلاة المتقرب بها هدية أوشبه هدية .

فان قلت : العبادة مشروطةبالتقرب ، والتقرب انما هوللمهدي، وليس مثل مسألة النيابة ، حيث أن تقرب النائب يقوم مقام تقرب المنوب عنه باعتبار كون الممثل - أعني الامر - أمرالمنوب عنه ، ولايعقل أن يتجاوز تقرب الشخص الى شخص آخر ، فكيف يعقل الاهداء في العبادات نفسها، مع أن شرط الاهداء انتقال المهدي الى المهدى اليه .

قلت : العمل المتقرب به اذا وقع هدية رجع جميع آثاره الى المهدى اليه ، وهذا هومعنى اهداء الاعمال ، والافنفس العمل ولولم يكن عباديا يمتنع انتقالـه من عامله الى غيره ، فمعنى اهداء العمل - كتمليك العمل بالاجارة - ادخال حاصله ومنفعته وأثره الى كيس الاخر وهذا المعنى لاينافي اختصاص التقرب في العبادات بالعامل، لان المقصود بالاهداء ادخال أثر هذا العمل المتقرب به في كيس الاخر . وبالجملة العمدة تصوير عنوان عمل آخر غير عنوان العبادة وبعد ذلك فسائر الاشكالات هينة الاندفاع ، والمسألة غامضة لابد فيها من التأمل الصائب . والله الهادي .

(الامر الثالث) من الامور التي وجودها مانع من أخذ الاجرة وعدمها شرط لحليتها أن لايكون العمل حقاً لغير المستأجر أوله قبل الاجارة ، فانه لو كان كذلك كانت الاجرة سحتاً لكونه أكلا للمال بالباطل ، مثل البيع بلاثمن والاجارة بلا منفعة في مقابل الاجرة .

ويتفرع عليه حرمـة الاجرة المأخوذة كما في مقابل مايتعلق بالموتى من الواجبات الكفائية حتى التوصليات منها كالكفن والدفن ، فان ظاهر أدلتها أنها من حقوق الميت الواجبة على الاحياء وانه مستحق له ، فأخذ الاجرة في مقابل

شيء منها كأخذ الاجرة في عمل مستحق لاخر ، مثل البناء المستحق عليه بنذر أواجارة أونحوهما ، فانه لايجوز اخذ الاجرة بأزائه ثانياً من آخر .

وقد ظهر مما ذكرنا أن بعض الواجبات مما يحرم أخذ الاجرة في مقابله لاختلال الشرطين الاخيرين ، مثل بعض العبادات التي فهمنا من دليله أنه حق لادمي، ويمكن أن يكون من هذا القبيل الصلاة عن الميت . كما أنه قد ظهر أيضاً أن الشرطين الاخيرين يمكن ارجاعهما الى الشرط الاول، فان العمل اذا كان بحيث يشترط في ترتب أثره أمر ينافي أخذ الاجرة كالقربة أو كان حقاً لاحد كان من موارد اختلال الشرط الاول أيضاً ، وهو أن يكون له أثر ونفع يصل الى المستأجر.

[الواجب الكفائي لامانع من الاستيجار عليه]

اذا تحقق الشروط الثلاثة فلنرجع الى مسألة جواز أخذ الاجرة في الواجبات الكفائية ، والظاهر أن من جوز الاجارة عليها ادعى وجود الشرائط الثلاثة ومن منع ادعى اختلال أحدها . والظاهر أن كلمات المحققين من المانعين والمجوزين راجعة الى ماذكرنا ، فمن سلك مسلكاً آخر في تصحيح الاجارة عليها أو المنع فقد اشتبهت عليه المسألة كمال الاشتباه ، فنقول :

ان الواجب الكفائي لامانع من الاستيجار عليه من حيث الشرطين الاولين:

أما الشرط الاول ــ وهو كون العمل مما يصل نفعه الى المستأجر ، فلان فائدة فعل الواجب الكفائي سقوطه عن المستأجر، وهذا من الفوائد التي يمكن بذل المال بأزائها ، مع أن الواجب الكفائي قد يكون فيه منفعة دنيوية واصلة الى المستأجر كالصناعات، فباعتبار مراعاة الشرط الاول لايمكن المنع عن الاستيجار على الواجبات الكفائيـة مطلقاً ، بل ينفى حينئذ التفصيل لو لم يكن سقـوط التكليف من المنافع المصححة للاجارة .

وأما الشرط الثاني ـ فلأن الوجوب الكفائي قد لايكون تعبدياً ينافيه أخذ الاجرة كما هو الاكثر، فيبقى اناطة الصحة والفساد على مراعاة الشرط الثالث، والى ذلك ينظر كلام المحقق وغيره من المعتبرين من تعليل المنع بأنه ـ أي الاجير ـ يؤدي فرضاً .

وتوضيحه : ان المانع يدعي أن العمل المستأجر عليه لابد أن لايكون مستحقاً على الاجير بمقتضى الشرط الثالث، لانه اذا كان كذلك امتنع على الاجير تمليكه الغير ثانياً لانه كتمليك مال الغير، ومن الواضح أن فعل الواجب الكفائي مستحق على الاجير لله تعالى ، فيكون حقاً لغير المستأجر .

ودعوى: ان متعلق حق الله انما هو كلي الفعل كالدفن الكلي مثلا، والكلي لايتعين في الخارج الابتعين من هو في ذمته ، وتعينه انما يكون بالقصد كسائر الاعمال والاقوال المشتركة ـ بأن يوجد الفعل بقصد أنه واجب عليه كفاية ـ فلو فعل لابهذا القصد بل بقصد أنه واجب على المستأجر أيضاً أو مجرداً عن القصد رأساً، كان ذلك غير العمل المستحق عليه وكان تمليك مثل هذا العمل تمليكاً لامر غير مملوك .

مدفوعة : بأن القصد انما يحتاج اليه في التميز اذا كان العمل معنوناً بعنوانين وكان متعلق الطلب أحدهما ، كاشتراك « بسم الله » بين الفاتحة وغيرها مثلا . وأما اذا كان متعلق التكليف هو كلي العمل والفعل وكان من التوصليات التي لايفتقر في حصولها في الخارج الى قصد ، فما يوجد من العمل في الخارج ينطبق على ذلك الكلي الذي تعلق به التكليف ويكون عينه، وبذلك يسقط التكليف.

ولذا ذكرنا في الاصول أنه اذا أمر بطبيعة تارة على وجه الوجوب وأخرى على وجه الندب اتصف الفرد الموجود منها في الخارج أولا بالوجوب ليس الا وامتنع عروض الندب له ولو نوى ذلك ، غاية الامر انه اذا كان عبادياً يقع لاغياً

فلايحتسب من الواجب أيضاً . على خلاف التدقيق الذي ادعينا في بعض تنبيهات مقدمة الواجب حيث رجحنا هناك الصحة واحتسابه من الواجب نظراً الى كفاية رجحانه الذاتي في قصد القربة ، كالوضوء المستحبي في وقت الفريضة .

هذا ويمكن الجواب عن ذلك بأن العمل من حيث صدوره من شخص خاص غير مستحق عليه لله تعالى بل من حيث صدوره عن الجميع . ومتعلق الاجارة انما هو العمل من الحيثية الاولى لا الثانية . مع أن كون العمل مستحقاً لله غير كونه مستحقاً للناس . فان استحقاق الله تعالى على نحو آخر من الاستحقاق ، فلا نسلم بطلان تمليك المملوك مطلقاً ، بل الباطل انما هو تمليك مملوك الناس .

والحاصل ان الوجوب الكفائي لم يثبت مانعيته عن الاستيجار . نعم في صورة التعيين والانحصار أمكن القول بالبطلان ، لما ذكرنا من انطباق مايوجد من الكلي المأمور به أولا عليه ، فيكون أخذ الاجرة بأزائه أخذاً لها بلا مقابل بل يدخل في ملك المستأجر .

[الفرق بين ماله اجرة وماليس له اجرة عرفاً]

هذا كله في مثل الكفن والدفن مما لا أجرة له عرفاً ولا حاجة لهم اليه مع قطع النظر عن عروض الوجوب الكفائي . وأما مثل الصناعات مما كان له الاجرة قبل عروض الوجوب ، أي مع قطع النظر عنه باعتبار مساس حوائجهم اليه ــ فأخذ الاجرة فيه أظهر . بيان ذلك :

ان الواجبات الكفائية على قسمين :

« أحدهما » ــ مالاقيمة له ولا أجرة عليه عرفاً مع قطع النظر عن كونه واجباً كفائياً، بحيث يكون تموله العرفي وتأهله للاستيجار عليه باعتبار عروض الواجب الكفائي له عليه. وذلك كاستقبال الميت مثلا، فانه مع قطع النظر عن عروض الوجوب له ليس شيئاً ذا أجرة في العرف لعدم مساس ذلك بحوائج الناس معاداً ومعاشاً .

والظاهر أن وجوب التعليم في الامور التي يجب تعلمها كذلك ـ خصوصاً بعدما ورد أن الله تعالى لم يكلف الجاهل بالتعلم الا بعد ايجابه التعليم على العالم[1] ـ فان تعليم العالم اذا كان في الرتبة قبل احتياج الناس اليه كما هو قضية المقدمية كان من الامور الغير المرغوب اليه الذي لاتسول له عرفاً في تلك المرتبة ، ونحوها الدفن والكفن الشرعيين .

« والثاني » ـ ماله أجرة عرفاً مع قطع النظر عن الوجوب أيضاً كالصناعات ، وماذكرنا من الاشكال في جواز الاجرة انما يتجه في القسم الاول ، وأما القسم الثاني فيمكن القول فيه بأن الوجوب الكفائي لم يلحق أحـداً الا بالعمل على وجه الاجرة دون التبرع أو الاعم .

والفرق هو أن القسم الاول لما لم يكن قبل عروض الوجوب أمراً متقوماً لم يكن محترماً وامتنع اتصافه بالتبرع كالاتصاف بكونه في مقابل الاجرة ، لان التبرع عدم أخذ العوض في مقابل ماله شأنية العوض لا كل مالا يؤخذ عوضه ، واذا امتنع ذلك امتنع القول بعروض الوجوب من أول الامر للعمل مع الاجرة ، نحو امتناع عروض الطلب للفعل المقرون بالقربة كما أومأنا اليه آنفاً وقلنا ان القيود المتحصلة والمتصورة بعد فرض المحمول يستحيل اعتبارها في الموضوع .

بخلاف القسم الثاني ، فانه لامانع من القول بأن متعلق الوجوب في هذا القسم انمـا هو التكسب دون التبرع ، فيقـال : ان الله تعالى أوجب التكسب بالخياطة مثلا لانفسها ، ووجوب التكسب لاينافي أخذ الاجرة بل تحققه كمالا ينافيه أيضاً التبرع .

وان شئت قلت : ان الواجب انما هو بذل العمل المحترم ، والمقـوم ، ووجوب بذل المال المحترم أو العمل المحترم لايوجب سلب الاحترام حتى يمتنع

(١) الكافي ، الاصول ١/٤١ .

أخذ الاجرة. مثل الانفاق في حال المخمصة، فان وجوبه لايقتضي المجانية بل يجب عليه الانفاق وعلى المنفق بذل العوض فان امتنع استقر في ذمته .

والدليل على ذلك : ان الدليل على وجوب الصناعات دليل عقلي ينشأ من استقلال العقل بوجوب محافظة النظام ، وهذا لايقتضي التبرع بالعمل فيبقى احترام العمل بحاله . ويترتب عليه انه لو تعين الصنعة في شخص تعين العمل عليه وعلى المعمول له دفع الاجرة لذلك الدليل العقلي المشار اليه ، اذ لو وجب التبرع لزم اختلال النظام أيضاً ، مثل مايلزم على تقدير عدم الوجوب اوأشد كما لايخفى .

وفائدة الوجوب تظهر فيما لوامتنع حتى مع الاجرة عند التعيين ، فلايرد أن العمل مع الاجرة ايجابه سفه ، لان الاجرة هي بنفسها داعية اليه ، فطلبه مع ذلك الداعي يشبه طلب الحاصل . ومع عدم التعيين فلا يجب بذل الاجرة الا مع الاشتراط ، فليس للصانع العمل وأخذ الاجرة قهراً .

ويترتب على ذلك أن الطبيب مثلا لوعالج قبل تضييق زمان العلاج لم يكن له شيء في ذمة المريض ، ولونوى الاجرة ان عالج في صورة الانحصار أومع تضييق الامر وعدم اقدام الغير وجب على المريض أجرة المثل حينئذ مع عدم التبرع ، ومع الامتناع يستقر في ذمته .

ومن هنا يظهر أنه لافرق بين الواجب العيني والكفائي في هذا القسم ، وانما الفرق بينهما في القسم الاول .

وقد تلخص مما ذكرنا في أخذ الاجرة على الواجبات الكفائية أنه مع اجتماع الشرائط الثلاثة المتقدمة يجوز أخذ الاجرة سواء كان عينياً أوكفائياً ، وان الاشكال كله في تشخيص صغرى الشروط ومعرفة وجودها أواختلالها ، فنقول :

ان الواجب اذا لم يكن تعبدياً فلينظر فان كان له أجرة في العادة مع قطع النظر عن الحكم الشرعي كالصناعات جاز أخذ الاجرة مطلقاً سواء كان عينياً أو كفائياً ، لان متعلق الوجوب في مثله انما هو العمل المحترم المقوم ، ووجوب مثله لايقتضي المجانية وسلب الاحترام كما عرفت . وان لم يكن له أجرة كذلك فان كان كفائياً فالظاهر عدم المانع من أخذ الاجرة عليه ، أمامن جهة الشرطين الاولين فواضح . وأما من جهة الشرط الثالث فلما عرفت من أن متعلق حق الله انما هو العمل من حيث صدوره عن الجميع . ومتعلق الاجارة هو العمل من حيث صدوره عن الشخص . وفيه تأمل . وان كان عينياً أو كفائياً معيناً فالظاهر بناءاً على مراعاة الشرط الثالث حرمة أخذ الاجرة .

هذا كله في الواجبات الكفائية ; وأما المستحبات الكفائية ـ مثل مايتعلق بدفن الموتى وكفنهم وصلاتهم وغسلهم من الزيادة على المقدار الواجب على القول باستحباب الغسل أيضاً بعد حصول الواجب ـ فالظاهر عدم الاشكال . والخلاف في التوصليات منها دون التعبديات، ذلامانع من أخذ الاجرة عليها حتى من جهة مراعاة الشرط الثالث أيضاً ، ضرورة عدم كونها مستحقة على الاجير .

والعجب ممن منع الاستيجار على الواجبات الكفائية من جهة قصد القربة ، مع أنه لافرق من هذه الجهة بين الواجبات والمستحبات .

[عود الى اخذ الاجرة على القضاء]

هذه خلاصة مااقتضاه المجال في تحقيق الحال في مسألة جواز أخذ الاجرة على الواجبات . فلنعد الى ماكنا فيه وذكرنا هذه المسألة لاجله ـ أعني اخذ الاجرة على القضاوة ـ فنقول :

لابد أن ينظر أولا في أن القضاء هل هو من القسم الثاني ـ أعني ماله منفعة

محترمة مع قطع النظر عن شرعيته كالصناعات ـ أومن الاول كما هو الاظهر: فان كان من الثاني جاز أخذ الاجرة عليه حتى مع التعيين ، وعدم الاحتياج الى أن يستظهر من أدلته وجوب التبرع به كوجوب التعليم . حيث أن الظاهر من أدلته أيضاً التبرع وعدم الاجرة خصوصاً بعدملاحظة حرمة الرشوةعلى القاضي، فانه لو لم تشمل مثل الجعل فلاأقل من تقويته لذلك الاستظهار . وان كان من الاول فلا بد أيضاً من النظر في انه كوجوب التعليم أو كأداء الشهادة، بأن يكون القضاء حقاً من حقوق المسلمين على القضاة . وعلى الثاني فقد عرفت عدم جواز أخذ الاجرة عليه بمقتضى الشرط الاول، وأما على الاول فقضية ماذكرنا الفرق بين صورتي الانحصار وعدمه. لكن عرفت استظهار التبرعية من أدلة القضاوة مطلقاً

التقـاط

[مايثبت به ولاية القاضي]

تثبت ولاية القاضي بالبينة العادلة كما هو الاصل في الموضوعات كلها الا ماثبت فيه الاحتياج الى الاكثر أو الاقل. وكذا تثبت بالاستفاضة على ماصرح به غير واحد من الاصحاب منهم المحقق والشهيدان. وذكروا استطراداً أموراً أخر تثبت بها كالنسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق . ولابد أولا من بيان المراد بالاستفاضة في المقام :

اعلم أن « الاستفاضة » استفعال من « الفيض » وقدأطلق مجرداً ومزيداً على معان متقاربة . قوله تعالى « أفيضوا من حيث أفاض الناس »[1] أي اندفعوا من حيث دفع الناس . ومنه الافاضة من العرفات ، أي الدفع بكثرة ، ويقال أفاض السيل فيضاً اذا كثر وسال ، وفاض الاناء فيضاً امتلأ .

(١) سورة البقرة : ١٩٩ .

وفي مجمع البحرين بعد ذكر جملة من اطلاقات فاض : وأفاض واستفاض الحديث شاع في الناس واشتهر، فهو مستفيض اسم فاعل ، ومنه « أثر مستفيض » أي مشهور .

لكن الظاهر أن هذه الاطلاقات مع مابها من التفاوت والمغايرة الضعيفة صادرة من مصدر واحد ، ومعنى جامع بين الكل ، لانا ذكرنا أن دأب العرب التعدي من المعنى الاصلي الى مايقاربه ويناسبه في الجملة بنحو من التوسع ، من غير استناد الى القرائن ليكون تجوزاً أو وضعاً آخر ليكون مشتركاً أو منقولا . ولعل الجامع هو التراكم والتكاثر ، فانهما يمكن انطباقهما على جميع هذه الاستعمالات ولو بضرب من التوسع والتسامح كما لايخفى على المتدرب.

وفي اصطلاح الاصوليين عبارة عن خبر جماعة تزيد على الثلاثة وتقصر عن حد التواتر .

وأما في اصطلاح الفقهاء فقد صرح في الروضة بأنه لاحد له ، الا أنه يعتبر أن يزيد عن عدد البينة العادلة ، ليحصل الفرق بين العدول وغيره .

وأيضاً المستفيض في الاصول معدود من الاحاد التي لاتفيد العلم ، وأما عند الفقهاء ففيه اجمال واشتباه، لان ظاهر المحقق على ماستظهره ثاني الشهيدين اعتبار حصول العلم بالاستفاضة، ونقل عن بعض الاكتفاء بالظن المتقارب المتآخم وعن بعض الاكتفاء بمطلق الظن ، بل ظاهر بعض مشايخنا أن خبر جماعة من المسلمين بنفسه حجة في هذه الامور ، بل في غيرها أيضاً تعبداً محضاً مجرداً عن الظن مستظهراً بظاهر بعض الروايات .

وتحقيق المسألة :هو أن غرض الاصحاب بها ان كان هو الخبر المفيد للعلم فيرد عليهم أنه لاوجه للتخصيص بالاستفاضة ولا بهذه الامور السبعة . لان العلم في مثل المقام متبع من أي شيء حصل وفي أي مقام يفرض ، لان مفروض كلام

الاصحاب مقام عمل الشخص نفسه كما هو صريح قولهم وتثبت ولاية القاضي ، والعلـم في مقام العمل طريق محض بحكـم العقل الذي لايقبل التخصيـص والتخصص كما تقرر في محله .

نعم في مقام حكم الحاكم أو في مقام الشهادة فالعلم بالموضوعات علـم موضوعي، فيمكن أن يكون للعلم الحاصل بالاستفاضة خصوصية من بين سائر أسباب العلم أوجبت اعتبار الشارع له في مقام الحكم ، بناءاً على عدم جواز حكم الحاكم بعلمه مطلقاً أوفي مقام الشهادة بمقتضى العلم مطلقا .

ولكن الذي يرى جـواز الحكم بالعلم مطلقاً أو جواز الشهادة كذلك ـ كأكثر من تعرض للمسألة ـ لايحسن منه أيضاً تخصيص الحكم بالاستفاضـة ولابهذه الامور .

وكيف كان فان أرادوا بالاستفاضة مايفيد العلم عادة بنفسه أو بملاحظة القرائن على أبعد الاحتمالات فما ذكروه من الثبوت جيد متين ، لكن يبقى الكلام في وجه التخصيص بالاستفاضة بهذه الامور ، وان أرادوا بها مايفيد الظن المتآخم الاطميناني أو مطلقا فثبوت هذه الامور خاصة بهادون غيرها يحتاج الى دليل يدل على حجية الاستفاضة على وجه لايتناول ماعداه .

وأما ماقيل من أن الاستفاضة لااختصاص لهابهذه الامور وان ذكر الاصحاب لها بالخصوص انما هو لاجل كونها غالباً مجرى لها دون غيرها مما يغلب فيه جريان البينة . فليس في محله . لبعده عن ظاهر التخصيص كمالايخفى، خصوصاً مع ملاحظة تقييدهم الملك بالمطلق ، فان تقييد الموضوع بقيد يشاركه غيره في الحكم، ركيك في الغاية الانكتة كغلبة القيد في الوجود الخارجي. مثل غلبة كون الربا في الحجر والملك المطلق ليس بأغلب من الملك المسبب عن مثل البيـع.

[الادلة على اعتبار الاستفاضة الظنية]

ودعوى أن غلبة جريان الاستفاضة في المطلق أوجبت أيضاً التقييد بــه . فاسدة ، لان غلبة ارتباط أحدمتعلقات الحكم بشيءلايقتضي تقييد الحكم به مع عمومه لما سواه كما لايخفى، فلابد حينئذ من اقامة الدليل على اعتبار الاستفاضة الظنية على وجه يختص بهذه الامور . ويمكن أن يستدل عليه بوجوه :

(الاول) السيرة القطعية الجارية بين المسلمين . فان طريقة السلف والخلف مستقرة على المراجعة الى من اشتهر ولايته وقضاوته بين الناس بحيث يكشف عن امضاء المعصوم ، وهكذا على ترتب آثار النسب والملك المطلق الى آخر السبعة بمجرد الشياع والاشتهار وان كان بعضها كالموت دون بعض في ذلك.

(الثاني) عسر اقامة البينة كما لايخفى على من عاشر أهــل الابتلاء بهذه الامور ، لان توقيف أمور الناس في حوائجهم الى القضاة والولاة حتى يثبت عندهم بالبينة العادلة الجامعة للشرائط التي لايعرفها الا العلماء ، ولاية القاضي عسر بين بل حرج واضح .

وكذا التوقف في ترتب آثار النسب ، خصوصاً فيما يتعلق بالبطون السابقة حتى يشهد عدلان على النسب من غير أن يكون مستند الشهود أيضاً هو الاستفاضة والا فالظاهر مساواة مقام الشهادة لمقام العمل . بل الثاني أولى كما لايخفى .

هذا، ولكن دليل العسر انما ينفي التوقف على البينة ويثبت حجية شيء آخر ، وأما كونه الاستفــاضة فموكول الى قرينة الاجماع . توضيحه : ان عسر اقامة البينة قد يوجب سقوطها رأساً كما في موارد قبول قول المدعي بمجرد دعــواه مثل مالايعلم الامن قبله . وقد يوجب سقوط بعض شرائطه مثل مــالا يستطيع الرجال على الاطلاع به ، فان جميع شرائط البينة لابد من احرازها فيه الاما

يستلزم منه العسر وهو الذكورية . وبالجملة عسر اقامــة البينة يوجب سقوط شرائطها كلا أو بعضاً .

وأما الاكتفاء بقول المدعي أو بخبر واحد أو بأخبار جماعة بالغ حد الاستفاضة لابد في تعيينها من التماس دليل . فكان العسر قرينة صارفة لاتغني عن القرينة المعينة، فلا بد فــي الحكم بالاستفاضة من التمسك بالاجماع بعد فرض عدم اشتراط البينة .

(الثالث) بعض الروايات ، كمرسلة يونس عن ابى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن البينة اذا أقيمت على الحق أيحل للقاضي أن يقضي بقول البينة من غير مسألة اذا لم يعرفهم ؟ قال : فقال عليه السلام : خمسة يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم الولايات والمناكح والذبائح والشهادة والمواريث ، فاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته لايسأل عن باطنه[1] .

وعن الفقيه « الانصاب » مكان « المواريث » كما أن عن بعض نسخ التهذيب « ظاهر الحال » مكان « ظاهر الحكم » .

استدل به في محكي كشف اللثام . تقريب الاستدلال : أن المراد بالحكم هو الحكم اللغوي ، أعني مضمون القضية ، وظاهره يراد به مايظهر منها بين الناس ويشيع فيما بينهم . فالمراد ماكان من هذه الامور معروفاً شائعــاً يجب الاخذ به ولايسأل عن باطنها . وهكذا التقريب لو كان «ظاهر الحال » مكان « ظاهر الحكم » بل التقريب حينئذ أظهر .

والتحقيق عدم دلالتها على شئ من المقصود ، لان الظاهر اما أن يراد به مايقابل الواقع أو يراد به الواضح . وعلى الاول فلا دخل له بالمقام، لان الظاهر المقابل للواقع عبارة عما يستفاد من الامارات المفيدة للظن نوعاً ، مثل سوق المسلمين ويد

(١) الوسائل ١٨ ب ٢٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

المسلم وفعل المسلم والفراش وحسن الظاهر ونحوها ، لان الظاهر بقول مطلق من غير التقييد يكون عند جماعة أو عند الكل المقابل للواقع يتبادر منه ذلك ، كما لا يخفى على ذي وجدان سليم . وعلى الثاني فهو أبعد من الاول بالنسبة الى المقصود ، لان الواضح بقول مطلق يعني من دون اضافته الى شخص دون شخص لا ينطبق الا على البديهيات ، وهذا مع بعده عن ظاهر الرواية أو صريحها مخالف للاجماع مناف للغرض .

وكأن المستدل حمل الظاهر على المعنى الاخير ، مقيداً بكونه عند جماعة ، حتى يكون المفاد أنه يجب الاخذ بهذه الخمسة لوضوح الحكم والحال عند جماعة ، وهو كما ترى .

ومما يؤيد المعنى الاول بل يدل عليه تصريح الامام عليه السلام بقوله « فاذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا » الى آخره . لان الاخذ بالظاهر المأمون جزئي من جزئيات اعتبار ظاهر الامارات الظنية وفرع من فروعه لامن جزئيات اشتهار المطلب وشيوعه بين الناس كما رام المستدل .

فان قلت : على المعنى الاول يندرج فيه الخبر المستفيض أيضاً ، لانه من الظواهر والامارات المفيدة للظن مثل اليد والسوق ونحوهما فينهض باثبات المقصود .

قلت : الاستفاضة ليست من الامارات المفيدة للظن نوعاً بل شخصاً ، اذ ليس لها حد سوى كونها مقرونة بافادة الظن ، ومثل هذه لاتعد من الظواهر بقول مطلق التي هي عبارة أخرى عن الامارات النوعية . والحاصل ان من تأمل في الرواية أدنى تأمل يجدها بالدلالة على امضاء الامارات الشرعية في هذه الامور أولى من الدلالة على اعتبار الاستفاضة .

ومما استدل به من الروايات أيضاً رواية حريز الواردة في اسماعيل بن

ابى عبدالله الطويلة ، وموضع الاستشهاد منها قوله عليه السلام :اذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم[١] . حيث تدل على وجوب تصديق المؤمنين، فيجب قبول اخبار جماعة بالغ حد الاستفاضة .

وفيه مالايخفى ، اذالمراد بالمؤمنين في الرواية هو الجنس ؛ لانه المتعين بعدتعذرالاستغراق ، وتصديق جنس المؤمن المأمور به في الروايات والممدوح في الكتاب المعني بقوله تعالى « يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين » ، يراد به معنى غير قبول الشهادة ، ضرورة قيام الضرورة على عدمقبول شهادة بعض المؤمنين من غير اعتبار شيء من الصفات ، وهو التصديق مع عدم ترتب الاثار الذي هو مفاد قوله تعالى « قل أذن خير لكم »[٢] .

مضافاً الى كون الامر بالتصديق في هذه الرواية أمراً ارشادياً ، لمعلومية عدم حرمة استيداع الفاسق شرعاً . ومن الواضح أن مجرد الاتهام يكفي في الامر الارشادي ولاحاجةالى كون قول المؤمنين حجة شرعية حتىيتفرع عليه ثبوت فسق الرجال شرعاً ، بل لو جعلنا الامر بالتصديق شرعياً لوجب اخراج المورد كما لايخفى .

والحاصل ان اخبار المؤمنين عن فسق شخص موجب للنهي الارشادي عن استيمانه ، من غير أن يكون حجة شرعية .فلعل نظر الامام في الامر بتصديقهم المراد به ترك عدم الاعتناء والمبالاة بقولهم الى كون قولهم منشأ للتهمة المانعة عن الاستيمان لاالى كون قولهم حجة شرعية .

نعمفي صحيحة ابي يعفور[٣] الواردة في العدالةدلالة على ثبوتها بالاشتهار، وكذا

(١) الوسائل ب ٦ من كتاب الوديعة واحكامها .

(٢) سورة التوبة : ٦٠ .

(٣) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات .

في النبوي : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصما اليه رجلان قال للمدعي ألك حجة ، فان أقام بينة يرضى بها ويعرفها نفذ الحكم على المدعى عليه ـ الى أن قال ـ وان جاء بشهود لايعرفهم بخير ولاشر بعث رجلين من خيار اصحابه يسأل كل منهما من حيث لايشعر الآخر عن حال الشهود في قبائلهم ومحالهم ، فاذا أثنوا عليه قضى على المدعى عليه واذا رجعا بخبر شيء قبيح لم يفضحهم ـ الحديث[1] . لكنهما منزلان على الغالب ، وهو حصول العلم من الفحص في قبائل الشهود ، ومع ذلك فموردهما خصوص العدالة .

ومثلهما ماورد في تنازع الزوجين في متاع البيت من أنه لو سألت من بين لابيتها ـ أي جبلي منى ـ لاخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة الى بيت الزوج فتعطى التي جاءت به[2] . فان ظاهره الاعتداد بقول من بين اللابيتين لكنه منزل أيضاً على الغالب في افادة العلم . ومع ذلك فلا دخل له بهذه الامور السبعة .

والحاصل ان مثل هذه الروايات وان وردت في بعض آحاد المسائل لكنها لاتنهض للفقيه دليلا على اعتبار الاستفاضة مطلقاً ولا في مجاريها أيضاً كما عرفت .

(الرابع) الدليل الانسدادي ، فان باب العلم في هذه الامور غالباً منسد ، والرجوع الى الاصل يوجب الوقوع في خلاف الواقع كثيراً ، فلابد من الاعتماد على الظن .

وهذا جيد . لكنه يفيد العمل بكل ظن ، فيبطل تخصيص الحكم بالاستفاضة وبالامور السبعة . بل كل أمر من الموضوعات يكون حاله كذلك يتبع فيه الظن

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٦ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .
(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٨ من ابواب ميراث الازواج ح ١ .

كما ذكرناه مراراً .

(الخامس) الاولوية ، لان الظن الحاصل من الشياع أقوى من الظن الحاصل من بعض أفراد البينة . استدل به في المسالك ، وهو كما ترى لاينفعنا ، لان الاولوية القطعية واضحة المنع والظنية غير مجدية الا أن تكون لفظية بالفحوى ، ولامجال له في المقام . والله العالم .

التقاط

[هل ينعزل القضاة بموت الامام ؟]

اذا مات الامام فعن الشيخ تارة ان الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع وأخرى عدم الانعزال ، كما أن الاصحاب ايضاً اختلفوا في ذلك على مافي المسالك .

وجه الاول أمران :

(الاول) ان ولاية القضاء متقومة باذن الامام ونصبه ، والاذن مما لابقاء له بعد موت الاذن . ومن هنا أطبقوا على انعزال الوكيل بموت الموكل . وبالجملة لامعنى لبقاء حكم الاذن بعد زواله بموت أو عزل ، وبقاء الوكالة الى زمان بلوغ العزل أمر ثابت على خلاف القاعدة ، لانها تقتضي الانعزال بمجرد العزل الواقعي وان لم يعلم به الوكيل كما في موت الموكل . والحاصل ان صفة الاذن بديهي الزوال بموت الاذن . فلا يبقى أثره جداً .

(الثاني) ان متعلق ولاية القاضي انما هو في الافعال والامور التي كان ولايتها للامام عليه السلام . فالقاضي انما يتولى أفعال الامام باذنه ، فاذا مات فات متعلق الاذن كفوت متعلق الوكالة في شيء بفواته .

وهذا معنى قول من استدل على الانعزال بأن ولايتهم فرع ولايته ، فاذا زال

الاصل زال الفرع .

ومن زعم أن المراد عدم ثبوت ولاية للامام على الاعصار المستقبلة وان ولاية امام كل عصر مختصة بعصره. فقد سها سهواً بيناً، لان كل نبي أو وصي مسلط على كل تصرف يرى فيه مصلحة سواء اختص بزمانه أو عم الازمنة كلها، حتى ان آدم على نبينا و آله وعليه السلام كان له من التصرفات ما يدوم أثره الى يوم قيام القيامة. وهو واضح . لان ولاية أولياء الله ولاية الهية تامة عامة كاملة ـ فافهم حتى لا يشتبه عليك الفرق بين اختصاص ولاية الامام بعصره وبين ماقلنا من فوات متعلق الاذن بموت الاذن .

وجه الثاني أيضاً أمران :

أحدهما ـ حسبان أن نصب القاضي فعل من أفعال الامام وجعل من مجعولاته كسائر أفعاله وتصرفاته ، مثل الاعطاء والمنع والبيع والشراء وأمثالها ، وهو ماض مطلقا كما ستعرف في نصب الفقيه والقضاة العامة ، وليس من قبيل انشاء الاذن في شيء حتى يزول بموت ونحوه .

والثاني ـ الأستصحاب .

وكلاهما ضعيفان، لان الاول غير ثابت والثاني ليس بحجة في مثل المقام ، على ماهو المختار من عدم الاعتبار بالاستصحاب في الشك باعتبار المقتضي .

ثم ان أدلة الطرفين جارية في المنصوب العام ، مثل قول الصادق عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة :أنظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا ـ انتهى ونحوه[1] .

لكن الظاهر المصرح به في المسالك الاطباق على عدم الانعزال ، ولعله لاجل ظهور مثل قوله عليه السلام « أنظروا » في جعل المنصب لا في الاذن في القضاوة خاصة ، فلا يزول بموت الامام وان كان الخطاب الشفاهي مختصاً

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ح ٤ .

بالمخاطب . لان المفروض موت المخاطب - بالكسر - دون المخاطب .

وربما يعلل أيضاً - كما في المسالك - بأن التولية العامة اعلام بالحكم الشرعي وانه من أهل الولاية ، كالاعلام بحجية قول العدل . والحكم الشرعي لايختلف باختلاف موت الامام ، وهو حسن وان كان مشروطاً باذن الامام عليه السلام ، نظير وجوب الصلاة على الميت مشروطاً باذن الولي . وقد أشرنا الى مافي ذلك فيما سبق - فتأمل .

وهكذا الكلام في الفقيه حال الغيبة ، بل الحكم هنا أولى ، لانهم قائمون مقام الحجة المنتظر صلوات الله عليه وعلى آبائه الكرام . فيخرج من جزئيات مسألة عزل القضاة بموت الامام . بل هو خارج عما نحن فيه مطلقاً . لانهم منصوبون في حال الغيبة بحكم الادلة العامة . مثل مقبولة عمر بن حنظلة[1] ونحوها . ولامعنى لانعزالهم بموت أحد الائمة السابقين كما لايخفى .

فما في المسالك من اجراء البحث في الفقيه حال الغيبة وجعل نصبهم من باب الاعلام كما بينا غير صحيح . ولعل تقييد الفقيه بحال الغيبة سهو من قلمه . والصواب ماحررنا من جعل محل الكلام النواب العامة الذين نصبهم الصادق عليه السلام بمثل قوله « أنظروا الى من كان منكم » الخ . والله العالم .

بقي الكلام في منصوبي الفقهاء والمجتهدين في حال الغيبة ، والظاهر أن الحكم أيضاً كما ذكر من الانعزال ، بل هنا أولى ، لان بقاء ولاية المنصوبين - كما يقوم على الاطفال مثلا - مبني على كون ولايتهم تصرفاً من تصرفات الفقيه ونصباً منه ، وقدرته على مثل ذلك النصب وشرعيته غير معلومة . والتمسك بعمومات أدلة الولاية قد عرفت ضعفه فيما سبق عند البحث عن جواز قضاء المقلد فارجع وتأمل .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب صفات القاضي ح ٤ .

ومما ذكرنا يظهر ضعف أحد الوجهين المذكورين في المسالك ، أعني وجه عدم الانعزال في المتصرفين في شغل عام كقوام الاطفال والوقوف. وما علله به من ترتب الضرر بولايتهم الى أن يتجدد الولاية. واضح المنع. والله العالم.

التقاط

[علم القاضي هل يكون بينة للقضاء]

اختلفوا في قضاء القاضي غير الامام عليه السلام بعلمه على أقوال ، ثالثها القضاء في حقوق الناس لا في حقوق الله . ورابعها العكس . والاكثر على جواز القضاء مطلقا . وهو الاظهر .

واعلم أن أصل القضاء بالمعنى المبحوث عنه أمر على خلاف القاعدة، أشرنا الى وجهه في صدر الباب عند البحث عن جواز قضاء المقلد ، وحاصله : ان القضاء سلطنة الزام شرعي للشخص على مالا يقتضيه تكليفه ، سواء كان القضاء بمقتضى العلم أو بمقتضى البينة، والاصل عدم الالزام في الحكم الوضعي التكليفي.

وهذا هو المراد مما ذكرنا في الالتقاط المتقدم من كون العلم في مسألة القضاء موضوعا قابلا للاثبات والنفي . والاصل عدم الالزام في الحكم الوضعي التكليفي في مقام الحجية، لكن اذا فرض وجوب القضاء لامحالة فلا معنى لعدم اعتبار العلم ولا لاعتبار سائر الموازين في مقابله . مثلا اذا علم القاضي بحقية الدعوى فالاعراض عن مقتضى العلم والرجوع الى اليمين لامعنى له ، أو علم مثلا أن قاتل زيد هو عمرو وأقيمت البينة على كونه خالداً فان الحكم بالقصاص عن خالد وعدم الحكم بالقصاص عن عمرو مع العلم بأن خالداً ليس بقاتل ، يوجب التخصيص في أدلة الاحكام الواقعية. مع أن القاضي انما أمر بالقضاء حسب الحق الواقعي .

وقد أجاد في المسالك في مقام الاستدلال على المدعى حيث تمسك في اعتبار العلم بمثل قوله تعالى « السارق والسارقة » ، فان الخطاب بقطع السارق وغيره من الخطابات لايحتاج في تنجيزها سوى العلم القاطع للعذر .

ومن هنا ظهر أن التمسك بأدلة البينة أوببعض ماورد في باب القضاء من حصر الموازين في الاربعة أونحو ذلك. فاسد جدا، للقطع بأن الموازين الشرعية كلها أمارات على الواقع ، ومن شأن الامارة اختصاصها بالجاهل .

والحاصل ان القول بعدم حجية العلم للقاضي وانه انما يقضي حسب البينة مثلا ولو علم بكذبها تصويب محض أمافي الموضوعات ، فهو باطل بالضرورة والاجماع ، لان القاتل والزاني والمديون ونحوها من موضوعات الاحكام ليس مما يعم الموضوع الواقعي ومايقام عليه البينة اجماعاً وضرورة من العامة والخاصة، أوتصويب في الموضوعات بملاحظة تعلق الاحكام ، بمعنى ثبوتها للامرين الموضوع الواقعي والظاهري الذي أقيم عليه البينة .

وهذا وان لم يكن ضروري البطلان كالاول ــ بل ربما قال به بعض ــ ولكنه بديهي السقوط عن الانظار ، فالحق ماعليه الاكثر من القضاء بالعلم مطلقا .

وأما الامام عليه السلام فقد نقل الاتفاق على قضائه بعلمه ، فالامر فيه أوضح بعد دعوى غير واحد الاتفاق عليه .

وأما ظاهر بعض الروايات الدالة على اغضائهم عليهم السلام عن علومهم في المعاملة مع الناس ، بقول مطلق أوفي خصوص فصل الخصومات . فروايات متشابهة قابلة لضروب من التأويل والتوجيه التي : منها عدم التفتيش والسؤال لاعدم العمل بالعلم مع حصوله ، ومنها اقتضاء المصلحة في خصوص المقام للاعراض عن الواقع ، ومنها غير ذلك مما لايحد تحت حد ، مضافاً الى عدم وضوحها سنداً ودلالة .

وبالجملة لم يثبت لنا اهمال الامام لعلمه في مورد ، وعلى تقدير الثبوت فهو قضية في واقعة محتملة لكثير من التأويلات والتوجيهات التي ذكر السيد قدس سره جملة منها . والله العالم .

التقاط

[حبس المدعى عليه لوكانت بينة المدعي غير تامة]

قال الشيخ في محكي المبسوط : اذا أقام المدعي بينة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعي حبس المنكر ليعدلها جاز للحاكم حبسه لتقام البينة على مادعاه .

واستشكل فيه المحقق «قده» من حيث أنه لم يثبت الحق بتلك البينة بعد حق يوجب عقوبة الحبس .

ومبنى الخلاف ــ على ماذكره في المسالك ــ على أن العدالة شرط أو أن الفسق مانع . فالشيخ بنى على الثاني والمشهور على الاول .

أقول : بناء الشيخ على كون الفسق مانعاً لايجديه أيضاً في تعجيل الحبس اذ لابد من رفع المانع في اقتضاء العلة التامة أثره .

ولعله مبني ــ مضافاً الى ماذكر ــ على شيء آخر أيضاً ، وهو أن المانع يكفي للحكم بعدمه الشك في وجوده ولو لم يقتضيه شيء من الامارات ، ولا يلزم في نفي المانع من الاستناد الى شيء بعد الاصل ، اذ لولا ذلك لوجب أيضاً عدم الحكم حتى يعلم أن البينة غير فاسقة اما بالوجدان أو بالاصل ، بأن كان الشاهدان غير فاسقين في السابق .

ومما ذكرنا ظاهر أنه لافرق بين كون العدالة شرطاً أو الفسق مانعاً الاعلى الاكتفاء بالشك في رفع المانع أو دعوى ان الفسق مطلقاً مجرى للاصل باعتبار

كونه أمراً حادثاً لامحالة . والاول غير ثابت بل المظنون خلافه كما ذكرنا في الاصول . والثاني مبني على كون الفسق مجرد صدور بعض الافعال القبيحة ، بأن يكون بينه وبين العدالة واسطة ، وهو غير بعيد .

ويمكن ابتناء الخلاف على كون العدالة هي ظهور الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو الملكة أو حسن الظاهر ، وهو أحسن .

وفي عبارة المسالك هنا نوع مؤاخذة ، لانه جعل البنائين بناءاً واحداً على مايظهر من ظاهر التفريع في قوله « فالشيخ بنى في جواز الحبس على أصله من ثبوت العدالة الى أن يظهر خلافها » ، مع احتمال كون المراد من هذا الاصل كون الاسلام طريقاً للعدالة لانفسها. فتصير المباني ثلاثة والمؤاخذة أيضاً باقية كما لايخفى .

ثم ان اطلاق البينة على ذات الشاهدين ـ كما في عبارة الشرائع ـ امامبني على المسامحة على أن البينة في الاصطلاح اسم لذات العدلين لانها مقيدة بالعدالة. والله العالم .

التقـاط
(في نقض الحكم)

اعلم أن حرمة نقض الحكم في الجملـة ممالاخلاف فيه ولا اشكال ، وقد أشرنا في صدر الباب الى أن حرمة النقض لايحتاج في اثباتها الى دليل آخر غير مادل على وجوب الرضا بحكم الحاكم بعد تصور حقيقة الحكم ، فـان الحكم المبحوث عنه ـ على ماسبق مراراً ـ عبارة عن فصل الخصومة وقطع المنازعة بالزام أحد المتخاصمين على غير مايقتضيه تكليفه .

ومن الواضح أن النزاع يستحيل أن يطرأ عليه فصلان متماثلان أو متضادان،

تحو استحالة فصل أمر متصل مرتين. فاذا تحقق مرة عند حاكم جامع لشرائط صحة القضاء فصل الخصومة فلم يبق أمر قابل للفصل شرعاً بعد ، سواء رضي الخصمان بتجديد المرافعة أم لا ، لان رضاءهما يقع لاغيا بعد فرض عدم خصومة بينهما شرعا ، وان جواب المنكر منهما بالنفي غير مسموع ومطالبة المدعي منهما بالحق غير مقبولة في الاسلام ، فلاحاجة حينئذ الى اقامة دليل من نص أواجماع على حرمة النقض وان كانا موجودين في المسألة كما لايخفى .

فما مال اليه بعض مشايخنا قدس سره من عدم المانع من تجديد المرافعة على تقدير رضاء المحكوم عليه. ليس في محله بعد ماعرفت من عدم بقاء محل قابل للفصل بعد الحكم الاول .

[مايجوز فيه نقض الحكم]

نعم يجوز النقض في مواضع ثلاثة . وهي المواضع التي يقع فيها الحكم الاول من أصله لاغياً غير مؤثر لأنه حقيقة نقض للحكم بعد صحته :

(أحدها) مالو علم الحاكم أوغيره مخالفة حكم الحاكم الاول للحكم الالهي الواقعي علما قطعياً ، سواء كان ذلك بنظر الحاكم الثاني في الحكم الاول حيثما يجوز له النظر أو بظهور المخالفة من غير نظر. فانه يجوز النقض حينئذ حتى يتجدد المرافعة ، لانه الحكم على حد غيره من الامارات فلا يكون حجة الامع الجهل بالواقع ، وأما مع العلم به فلاحكومة له ولغيرها من الامارات على الواقع أبدا ، بل لايعقل ذلك الاعلى التصويب الباطل .

نعم حكم الحاكم حاكم على سائر الامارات كائناً ماكان ، بمعنى وجوب متابعة الحكم على الوجه الذي أمرنا بمتابعته لاتنزيل المحكوم به بمنزلة الواقع وتحكيمه على ماينافيه من الامارات القائمة في مورد الحكم من تقليد أواجتهاد

كما يأتي . ومنه يعلم أن التمسك باطلاق أدلة حرمة الرد هنا ليس في محله مع امكان دعوى الاجماع عليه .

(وثانيها) مالوعلم مخالفة الحكم لدليل معتبر عندالكل ،كالخبر الصحيح المعمول به الثابت في الكتب المعتبرة مع عدم المعارض، فان نقض الحكم حينئذ جائز على ماصرح به غير واحد،لان العلم بالواقع الاولي والواقع الثانوي مع وحدته بين الكل سيان في عدم جواز المخالفة،ولذا جعلوا الاجماع من الادلة القطعية التي لايجوز مخالفتها، مع أنه قدلايكشف بها عن الواقع بل عن وجود دليل معتبر عندالكل، بحيث لوفرض مراعاة المجتهد لشرائط الاجتهاد لم يفت الا بمضمونه.

والحاصل ان المناط على كون المحكوم به مخالفاً للتكليف الفعلي المتبع عند الكل، سواء كان واقعيا أوظاهريا ، كمدلول ظاهر كتاب سالم عن المعارض أوظاهر سنة متواترة أواجماع كاشف عن دليل ظني معتبر أوخبر واحد صحيح عند الكل على القول به مثلا .

وأما مخالفة الحكم الثانوي مطلقا فليس محل النقض . لان الاحكام الثانوية متعددة حسب تعدد الاراء . فليس لمجتهد ابطال مازعم الاخر حكما الهيا والا لم يبق للحكم مورد لاينتقض فيه الانادرا .

وأدلة حرمة الرد يتعين الشمول للمسائل الاجتهادية الخلافية ، بل مورد مقبولة عمر بن حنظلة التي هي من أمتن أدلة حرمة الرد هي صورة الاختلاف في الحكم .

والحاصل ان المخالفة في الرأي لايوجب جواز النقض مطلقا ، بل تتوقف على كونها بحيث لاتخفى على أحد يراعي لوظائف الاجتهاد .

(وثالثها) مالوظهر خطأ الحاكم في الاجتهاد قصوراً أوتقصيراً، مثل الاستناد في الحكم الى كتاب فيه ترك أوخبر معارض أقوى مع تـرك الفحص أو على

بعض كتب الاخبار من غير المراجعة الى غيره أوغير ذلك مما ينافي الاجتهاد الصحيح .

ولافرق في هذا القسم بين أن يكون الحكم موافقاً للواقع أومخالفاً . لان سبب جواز النقض هنا فساد الاجتهاد لامخالفة الواقع . والسر في ذلك أن الاجتهادفي مقام الحكم موضوعي لاطريق صرف الى الواقع، فلايجدي مصادفته للواقع مع اختلال شرائط صحته، ولذا لاينفذ حكم المقلد ولو مع مطابقته للواقع .

ومن هنا يعلم الفرق بين هذا وسابقه ، لان سبب النقض في الثاني مخالفة الحكم للواقع الثانوي المعتبر عندالكل ولوكان صادراً عن اجتهاد صحيح وهنا مجرد فسادالاجتهاد ، سواء صادف الواقع الاولي أوالثانوي أملا . ولوعممت الخطأ في الاجتهادبحيث يندرج فيه الثاني كان الفرق بينهما بالعموم والخصوص المطلقين كما لايخفى .

هذا كله في المسائل الخلافية ، وأما الحكم في الموضوعات فالظاهر عدم الفرق بينهما الاعلى بعض الوجوه ، وحاصله ان العلم بخطأ الحاكم في الموضوع أوقصوره أوتقصيره في استعمال موازين القضاء يصحح نقضه في الباطن جداً، بمعنى عدم وجوب الالتزام بآثار الحكم في الواقع كما يجب على الجاهل الشاك ، فيجوز المقاصة الباطنية في غير اليمين مثلا ، وأما النقض جهاراً — بمعنى تجديد المرافعة من رأس — فلعل فيه بعض المحذور المانع من النقض ، بل الامر كذلك في المسائل الخلافية ، فلو أوجب تجديد المرافعة فتنة أواهانة محرمة على الحاكم الاول لم يجز على احتمال .

ثم المراد بالنقض ليس مايتبادر منه، أعني ابطال الامر المستمر، بل المراد هو الحكم بفساد حكم به الاول من حين صدوره ، ففي لفظ « النقض » هنا

مسامحة .

ومن هنا يعلم أنه لو شك في جواز النقض وعدمه لم يجز التمسك بالاستصحاب لاثبات العدم ، لان الشك في النقض شك في وقوع الحكم الاول صحيحاً حين صدوره ، بل المحكم فيه هو التمسك بأصالة عدم ترتب الاثر على حكم الحاكم الثاني على اشكال فيه ـ فتأمل .

التقـاط

[ماذا يراد من حرمة نقض الحكم ؟]

هل المراد بحرمة النقض في مواردها الالتزام بآثار المحكوم به مطلقاً في نوعه أو في شخصه ، أو بآثاره من حيث انفصال الخصومة .

مثلا اذا اختلف المتبايعان في نجاسة المبيع كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس وطهارته فحكم الحاكم بالطهارة ، ففي وجوب ترتيب جميع آثار الطهارة على نوع العصير أو على شخصه المتنازع فيه ـ سواء وافق اجتهاد المرتب أو تقليده أم خالف ـ أو خصوص الاثر الذي بسببه وقعت الخصومة ـ أعني صحة البيع وتملك البائع الثمن من غير ترتيب المشتري أو غيره سائر آثار الطهارة كاباحة الاكل والصلاة ونحوهما اذا لم يساعد تكليفه ـ وجوه ، أقربها الاخير ، لقصور الادلة عن الدلالة على تحكيم الحكم على تكليف الشخص الا من حيث انفصال الخصومة .

بـل الظاهر من بعض الادلة كقوله « فارضوا به حكماً »(١) مجرد ارتفـاع الخصومة لانه الذي يقبل الحكم بمعنى الالزام وأما غيره من الآثار فليس ممـا يقبل ذلك ، بل الحكم بالنسبة الى الآثار الاخر بمنزلة الفتوى أو الشهادة التي

(١) الوسائل ج١٨ ب١١ من ابواب صفات القاضي ح١ .

لاتنفذ في حق حاكم آخر ومقلديه .

ومما ذكرنا ظهر ضعف ماقد يتوهم هنا من التفصيل بين ماإذا كان متعلق الحكم طهارة العصير مثلا بأن يقول الحاكم حكمت بطهارته فالاول أوالثاني أوأداء الثمن بأن يقول للمشتري حكمت عليك بردالثمن فالثالث ، لان الطهارة من حيث هي مع قطع النظر عن استلزامها أداء الثمن لاتحتمل الحكم بل الفتوى ، ومع هذه الحيثية ترجع الى الثاني .

ثم انه لوقيل بأحدالاولين امتنع الحكم بنجاسة ذلك العصير الجزئي أبداً حتى في مخاصمة أخرى بين اثنين آخرين ، بخلاف الثالث فانه غير مانع عن الحكم بنجاسته فيمنازعةأخرى . فلوباع المشتري ذلك العصيربتقليد أواجتهاد فيه ووقع النزاع بينه وبين البائع في الطهارة والنجاسة فترافعا الى حاكم آخر يرى نجاسته نفذ حكمه بالنجاسة .

ولوقيل بالثاني ففي الملازمة بينه وبين الاول بعدم القول بالفصل بين جزئيات العصير الخارجية وجهان : وجه الثاني امكان القول بجوازخرق الاجماع المركب في الاحكام الظاهرية كما تقرر ذلك في الاصول . الاأن يقال بالفرق بين خرقه بحسب الاصول أوبحسب التقليد وغيره من الامارات المجعولة ، فيجوز الاول دون الثاني ، وهو تحكم . نعم لوأوجب التفكيك مخالفة قطعية عملية لم يجز ، كما لايجوز ذلك بحسب الاصول أيضاً .

[نقض الفتوى بالحكم وبالعكس]

هذا هو الكلام اجمالاً فينقض الحكم بالحكم . وأما نقض الفتوى بالحكم وبالعكس فقد ظهر أيضاً مما ذكر . وهو جواز الاول دون الثاني . لان حكم الحاكم حاكم على جميع الطرق والامارات . ومقتضى الحكومة أن لايمنع

الفتوى السابقة من نفوذه ولايرفع المتأخرة لاثره .

وأما نقض الفتوى بالفتوى ـ أي رفع اليد عن آثار الفتوى السابقة ماضيا ومستقبلا بالفتوى المتأخرة ـ فالكلام فيهما محرر في الاصول تعرضنا لجملة القول فيه في مسألة الاجزاء . واجمال القول هنا هو : ان الفتويين تارة تكونان من مجتهد واحد وأخرى من مجتهدين :

(أما الاول) فقد ذكرنا في الاصول أن الحق فيه النقض ، بمعنى وجوب رفع اليد عن آثار الفتوى المعدول عنها في الماضي والمستقبل . نظراً الى عدم كون الامر للاجزاء ، من غير فرق بين العبادات والمعاملات والايقاعات والاحكام ، على خلاف ضعيف في بعضها كالعبادات وبعض أقسام المعاملات .

نعم استثنينا من صورة النقض قضاء العبادات على احتمال تري للعسر والحرج في مظان جريانهما ، وذكرنا أيضا أن قيام السيرة على عدم النقض مطلقا ـ وان ادعاه بعض ـ أمر غير ثابت .

وكذا دعوى لزوم العسر والحرج ، خصوصاً بعد ملاحظة الاتفاق على النقض في صورة العدول بدليل علمي . فان الطرق الشرعية تجري مجرى العلم في الحكاية عن الواقع أولا وآخراً . ودعوى أن الحرج والعسر المترتبين على العدول العلمي غير قادحين لشذوذه . مدفوعة بأن العدول مطلقا ظنيا كان أو قطعيا شاذ خصوصاً في المسائل المبتلى بها .

ونحن لم نجد في عصرنا مجتهداً عدل في شيء من تلك المسائل . بل هو محض فرض لو وقع لكان نادراً . واختلاف فتاوى العلامة في كتبه الاستدلالية لاينافي دعوى الشذوذ ، لان حال كتب الاستدلال غير حال رسائل الفتوى .

نعم هنا كلام آخر . وهو الفرق بين المجتهد ومقلديه ودعوى عدم النقض في حقهم ، لان أدلة التقليد باعتبار كونها أدلة لبية محصلة من مجموع الكتاب

والسنة والاجماع يمكن دعوى اختصاصها بالجاهل الغير المتعبد بشيء من الطرق، ولذا لايتناول المجتهد جداً والمقلد اذا قلد مجتهده في المسألة امكن الحاقه بالمجتهد من حيث كونه متعبداً في مقام التكليف بطريق شرعي وهو التقليد ، فلا تتناوله تلك الادلة اللبية .

لكن قوينا في الاصول النقض في حقه والازم القول باستمرارهم على تقليدهم في المستقبل أيضاً ، وهو خلاف الاجماع ظاهراً . فكما أن رفع اليد عن الفتوى المعدول عنها واجب عليهم في المستقبل فكذا في الماضي .

وماذكر من قصور شمول الادلة لاتفاوت فيه بين الماضي والمستقبل ، مع أن الشك في تناول الادلة للعامي المقلد في الماضي معارض بالشك في حجية الفتوى القديمة في حقهم بعد العدول . بمعنى أن أدلة التقليد لااطلاق فيها كما أوضحناه في محله . والقدر المعلوم من حجية تلك الفتوى في حقهم هو اذا لم يعدل المجتهد ، وأما بعده فيرجع الى الاصل القاضي بالقدر المتيقن . وهو الاخذ باللاحقة . وكيف كان فهذا الكلام لاكرامة فيه .

(وأما الثاني) أعني نقض المجتهد فتوى غيره – بمعنى عدم ترتب آثاره في الماضي والمستقبل والحال – فالكلام فيه بمقتضى القواعد مثل ما مر من النقض، لكن الخلاف فيه لعله اكثر وآكد ، وان نقل عن العميدي والعلامة وغيرهما دعوى الاجماع على النقض .

ومدرك المسألة في الموضعين شيء ذكرناه أيضاً في الاصول من أن الطرق والامارات الشرعية هل هي محدثة للمصلحة كما يقوله أهل التصويب المحال أومغيرة لها أو طريق محض مشتمل على المصلحة الطريقية أو غير مشتمل . فان قلنا بالاولين لم يعقل النقض ، وان قلنا بأحد الاخيرين وجب .

وقد رجحنا في الاصول الثالث صوناً لامر الشارع بالتعبد عن خلو المصلحة

وقلنا ان حال الادلة الشرعية حال الامارات في الموضوعات ، فكما أن كل شخص مكلف بما عنده من الامارة على حياة زيد أو موته أو طهارة شيء أو نجاسته ، كذلك المجتهد مكلف بما عنده من الادلة طابق دليل الغير أم خالف ، فلا يجب بل لا يجوز له ترتيب آثار الزوجية بين اثنين فيما لا يساعده اجتهاده وان ساعده اجتهاد الغير أو اجتهاد الزوجين ، وكذا سائر المعاملات والعبادات والطهارات.

والحاصل ان مقتضى القاعدة النقض الا فيما قام فيه السيرة أو الحرج .

وربما قيل بأن الامور الاضافية ــ كالزوجية والملكية ونظائرهما ــ لا يجوز فيها النقض مطلقا لانها أمورات عرفية لا واقعية لها سوى ما عهدوه والتزموه فيما بينهم ، من غير نظر الى شيء من الاسباب الشرعية ، وان كانت هي أيضاً من أسباب تحقق عناوين هذه الامور .

ويؤيده أن العرف اذا فهموا حرمة التصرف في أموال الكفار وأزواجهم لم يتوقفوا على ترتيب حكم الزوجية والملكية على أزواجهم وأموالهم في طريقتهم ولو مع قطع النظر عما ورد في الشرع من الامر باقرارهم على طريقتهم وأخذهم بمعتقدهم الذي لا يعرفه الاعلماء المتشرعة . فالمدار في هذه الامور ليس على حقائقها الواقعية الثابتة عند الشارع حتى يجري فيها التخطئة ويترتب عليه النقض . بل على الاضافات الحاصلة من الاسباب الظاهرية المستعملة فيما بينهم طابقت الاسباب الواقعية أم خالفت ، بل سواء كانت أسباباً شرعية أو من مجعولاتهم ، مثل ما يجري بين الكفار من أسباب هذه الامور .

وهذا وان ذهب اليه بعض أهل النظر من المتأخرين . لكن الحكم به أيضاً لا يخلو عن اشكال . فكيف كان فتحقيق هذه المسألة مطالب من الاصول .

والله العالم .

التقـاط

[تتبع الحاكم حكم من قبله]

ذكر في الشرائع أنه ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله ، لكن لو زعم المحكوم عليه أن الاول حكم عليه بالجور لزمه النظر فيه . وذكر قبله ماينافي ذلك ، وجمع بينهما في المسالك بما لابعد فيه معنى لالفظاً .

وظاهر العبارة أن النظر يجوز للحاكم ولو لم يزعم المحكوم عليه الجور ، حيث أن قوله « ليس عليه » نفي الوجوب لاالجواز ، ولعله كذلك قبل صدور الحكم من الاول بعد الثبوت ، اذ لامانع منه ، لانه ليس بالتجسس المنهي عنه ، الا أن يكون غرضه الاطلاع على عيوب الحاكم الاول فيحرم ، وأما بعد الحكم فالظاهر أيضاً كذلك لما ذكرنا .

ثم ان الظاهر من وجوب النظر على الحاكم اختصاص الكلام بالحكم في الشبهات الحكمية ، خصوصاً بملاحظة ادعاء المحكوم عليه الحكم الجوري ، لان دعوى الجور ليس ماينفع فيه البينة ، اذ هو من قبيل الشهادة على الرضاع المحرم ونحوه مما يتضمن الاخبار بحكم الله .

ويمكن تنزيل دعوى الجور على ذكر شيء من أسبابه ، كالحكم بالبينة الفاسقة عنده أو مطالبة اليمين من المدعي ونحوه مما يسمع فيه البينة . وحينئذ فيكون المراد بنظر الحاكم تجديد المرافعة .

التقـاط

[ترجمة مترجم الدعوى شهادة أو رواية ؟]

اذا افتقر الحاكم الى من يترجم مراد الخصمين أو الشاهدين مثلا ، جاز له أخذ

المترجم والمشي بمقتضى الترجمة .

والاشكال المذكور في دلالة آية النبأ على حجية الاخبار مع الواسطة ، يجري في المقام أيضا كالاقرار بالاقرار . لكن الظاهر عدم الخلاف في سماع قول المترجم . وانما الخلاف بعد الاتفاق على اعتبار العدالة فيه في اعتبار العدد .

ومبنى المسألة على كون الترجمة شهادة أو رواية مثلا . وذكروا في تميز الشهادة عن غيرها أمورا مذكورة في محالها لايخلو جلها أو كلها عن النظر .

والذي تلقيناه من الاستاد الانصاري دام ظله هو أن الشهادة عبارة عن كل خبر صدر في مقام التوقع والانتظار . فكل خبر كان مسبوقا بسؤال محقق أو مقدر بمعنى وقوعه في مقام انتظار شخص له كالاخبار بالهلال فهو شهادة . ومن ذلك تخرج الروايات عن الشهادة . لانها اخبار ابتدائية غير مسبوقة بسؤال عن مضامينها تحقيقا أو تقديرا .

ومن هنا يظهر اندراج الترجمة تحت الشهادة ، فيعتبر فيها التعدد ، للاجماع على اعتباره فيها .

ثم لو شك في كون شيء شهادة أو رواية يرجع الى اطلاق مادل على اعتبار قول العادل مطلقا ، سواء انضم معه عدل آخر أم لا ، بناءا على حجية قول العادل كذلك ، اقتصارا فيما خرج عن تحت العام — وهي الشهادة — على القدر المعلوم كونه من أفرادها . كما هو الشأن في كل مخصص مجمل بحسب المفهوم مردد بين الاقل والاكثر ، فان المرجع في الفرد المشكوك الاندراج هو العام . ولو منع عن عموم حجية قول العادل كان المرجع في الموارد المشكوكة أصالة عدم الحجية كما لايخفى . والله العالم .

التقاط

[هل يكفي اظهار الاسلام في الشهادة]
[اولابد من العلم بالعدالة]

اذا عرف اسلام الشاهدين وجهل عدالتهما ، توقف الحاكم حتى يتحقق مايبني عليه من عدالة أوفسق عند المشهور ، خلافاً للمحكي عن الخلاف ، فذهب الى أنه يحكم بمجرد ظهور الاسلام وعدم ظهور الفسق . وهذا هو الاصل عند الشيخ في كل موضع يشترط فيه العدالة ، فيترتب أثرها بمجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق ، وتبعه بعض القدماء أيضا من الشيعة . والمشهور بين الاصحاب سيما المتأخرين هو الاول .

وههنا قول ثالث صرح به بعض رؤساء المتأخرين[1] وفاقاً لما استظهره من كلام بعض القدماء ، وهو عدم الاكتفاء بالاسلام واعتبار حسن الظاهر .

والمراد بالاكتفاء بالاسلام أو بحسن الظاهر كونهما طريقين جعليين من الشارع الى العدالة التي هي ملكة من الملكات وصفة من الصفات ، نظير سائر الطرق الشرعية كالبينة وقول المسلم وأصالة الطهارة . لاأن العدالة عبارة عنهما كما توهمه جملة من المتأخرين حيث زعموا أن الاختلافات في المقام راجعة الى حقيقة العدالة وأنها الملكة أوالاسلام مع عدم ظهور الفسق أوحسن الظاهر .

ولكنه سهو واضح . لان القول بأن العدالة هي نفس الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر ، غير معقول عقلا ونقلا . فهنا مقامان : الاول عدم كون العدالة عبارة عن الاسلام مع عدم ظهور الفسق عند أحد من العلماء ، والثاني عدم اعتبارهما في مقام الكشف عنها .

(لنا على الاول) ان العدالة والفسق أمران متضادان بالبداهة والوجدان ،

(١) قائله الوحيد البهبهاني «قده» .

فلا يجتمعان في مورد واحد ضرورة ، ولو كان الاسلام مع عدم ظهور الفسق نفس العدالة جاز اجتماعها مع الفسق النفس الامري ، لعدم المنافاة بين الجهل به وثبوته واقعاً . والسر في ذلك أنه اذا اعتبر في أحد الشيئين عدم العلم بالاخر جاز اجتماعهما واقعا وخرجا عن الضدية .

وأما عدم ثبوته فعلا فلان بناء الشيخ على العدالة بمجرد الاسلام ، وعدم ظهور الفسق ليس فيه دلالة على كونه هو العدالة ، بل فيه الدلالة على الخلاف كما أوضحنا . مضافاً الى ظهور ما في محكي الخلاف على المدعى بأن الاصل في الاسلام هو العدالة ، لان القول بكون الاسلام مع عدم ظهور الفسق هو العدالة ينافي جعل العدالة في المسلمين من الاصول .

ومن شواهد ماذكرنا عبارة الشرائع حين نقل الخلاف عن الشيخ ، حيث أرسل وجوب البحث عن العدالة مع الجهل بها ارسال المسلمات ثم قال : وكذا لو عرف اسلامهما وجهل عدالتهما . ثم ذكر خلاف الشيخ في وجوب البحث .

ووجه الشهادة : ان الغرض من قوله « وكذا ذكر خلاف الشيخ » في بعض أقسام المسألة الأولى ، وهذا ينافي كون العدالة هو ظهور الاسلام ، اذ العدالة حينئذ مجهولة عند الشيخ حتى يبحث عنها ، مع أن ظاهر العبارة اختلاف الشيخ في وجوب البحث حينئذ لا في تحقق العدالة .

مع أن ارسال الاولى ارسال المسلمات يقتضي فرض صورة تكون العدالة فيها مجهولة غير مبحوث عنها عند الكل حتى الشيخ ، وعلى تقدير كون الاسلام نفس العدالة لم يتصور ذلك الفرض .

وأيضاً فرض عنوان المسألة الخلافية بما اذا عرف الاسلام وجهل العدالة ، لايجامع القول بأن العدالة هي نفس الاسلام مع عدم ظهور الفسق عند الشيخ كما لايخفى . نعم ربما أطلق عليه العدالة في كلام الشيخ وفي كلام غيره المتعرضين

لنقل قوله . لكنه مسامحة في التعبير وتنزيل لايجري مجرى العدالة عند الشيخ منزلتهـا .

وهذا صاحب المسالك لما دخل في المسألة حرر الخلاف في وجوب البحث عن العدالة والاعتماد على ظاهر الاسلام . وهو كما ترى صريح في كون الخلاف في طريقها . ثم بعد نقل أدلة الاول قال : وفي هذه الادلة نظر :

أما الآية ـ يعني قوله تعالى «واستشهدوا ذوي عدل منكم»[1] ـ فليس فيها أن المراد منها ماذا . ومدعي الاكتفاء بظهور الاسلام اذا لم يظهر الفسق يقول : ان ذلك هو العدالة وانها الاصل في المسلم . بمعنى أن حاله يحتمل على القيام بالواجبات وترك المحرمات ، ومن ثم جرى عليه هذا الحكم حتـى لايجوز رميه بفعل محرم ولاترك واجب أخذاً بظاهر الحال ، واتفق الكل على بناء عقده على الصحيح ـ انتهى كلامه رفع مقامه .

فانه وان نسب الى الشيخ أنه يقول بأن العدالة هو ظهور الاسلام لكن جعل ذلك عبارة أخرى عن الاصل والاخذ بظاهر حال المسلم . وحمله على عـدم فعل القبائح وترك الواجبات قرينة على مسامحته في العبارة الاولى .

نعم ظاهر ماذكره ثانياً بقوله : ثانياً سلمنا ان العدالة أمر آخر غير الاسلام وهي الملكة الآتية لكن لايشترط العلم بوجودها بل يكفي عدم العلم بانتفائهـا ـ الخ ، بقرينة المقابلة يوهم خلاف المقصود .

لكن الأمر في ذلك كله سهل بعد وضوح الامر وبداهته ومعلومية كونهـا مسامحة في العبارة . كما يصرح بذلك قول صاحب المسالك أيضاً في شرح قول المصنف « ولايجوز التعويل على حسن الظاهر » حيث قال : ومن اكتفى بالاسلام وجعله دليلا على العدالة اكتفى بحسن الظاهر بطريق أولى .

(١) سورة الطلاق : ٢ .

مع أن الاخبار التي استند اليها الشيخ كلها ظاهرة في كون الاسلام مع عدم ظهور الفسق طريقاً الى العدالة لانفسها . مضافاً الى شهادة غير واحد من الاخبار تصريحاً وتلويحاً . بأن العدالة حالة من حالات الشخص وصفة من أوصافه توجب الطمأنينة في أقواله . مثل ما اشتمل على الوثاقة والعفة والصيانة كما في صحيحة ابن ابي يعفور[1] وغيرها مما يقاربها في الدلالة على كون العدالة حالة رادعة .

بل يمكن الاستدلال عليه بآية النبأ أيضاً . نظراً الى عدم الفرق بين العدالة بمعنى ظهور الاسلام والفسق في الردع عن التعمد في الكذب الذي صار احتماله سبباً لوجوب التبين الرافع للندم وقباحة تعليل الحكم الخاص . أعني التبين في خبر الفاسق خاصة بعلة مشتركة بينه وبين ضده .

ومن هنا لو ادعي تطابق الاخبار وكلمات الاخيار على كون العدالة هي الحالة وأنها مطابقة لمعناها العرفي أعني الاستقامة . لوضوح عدم اتصاف الشخص بالاستقامة في نظر الشرع والعرف الا باعتبار ما به من الملكات والحالات الباعثة على ارتكاب حسان الافعال والاخلاق وانزجار قبائحهما ، كان دعوى مع البينة والبرهان .

وكذا الكلام في حسن الظاهر بالمعنى المقابل للباطن . فان مثل ذلك أيضاً يجامع الفسق الباطني. فلا يكونان متضادين. وأيضا على تقدير كونه نفس العدالة استحال تبين فسق الشهود أبداً. مع أن الشيخ والمكتفين بحسن الظاهر يوافقون الاصحاب في عنوان مسألة تبين فسق الشهود .

نعم يمكن بناءاً على ظهور الاسلام جعل التبين عبارة عن ظهور كفرهم. وهو كما ترى من المضحكات. لان الشيخ ولا غيره من الاصحاب لا يرضون بذلك . أترى أنه لو تبين فسق من ظاهره الاسلام مع عدم ظهور الفسق أو ظاهره الاتصاف

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات ح ١ .

بالحسن بفعل كبيرة قبل الشهادة، فهل الشيخ أو أحد من المسلمين يرى نفوذ شهادته وجواز الحكم على طبقه اذا كان التبين بعد اقامة الشهادة وقبل صدور الحكم ، كما هو لازم جعل نفس الاسلام مع عدم ظهور الفسق العدالة ،فانه من قبيل صدور الكبيرة من ذي الملكة بعد تمام الشهادة الذي لايمنع عن الحكم بلااشكال .

[ماهى حقيقة العدالة؟]

هذا ، ثم ان العدالة عند الشيخ بعد معلومية كونها ماذكر يحتمل أن يكون أحد أمور ثلاثة :

(الاول) الملكة على ماهو الظاهر الموافق للعرف والشرع .

(والثاني) الاسلام مع عدم الفسق الواقعي ، لاعدم ظهوره الذي يجامع الفسق الباطني، على أن يكون عدم الظهور دليلا تعبدياً شرعياً أو ظنياً نوعياً على الجزء الاخير الذي يعتبر في العدالة بمعنى الملكة أيضا .

(والثالث) خصوص عدم الفسق الواقعي، بأن يكون الاسلام مقسماً للعدالة والفسق لامعتبراً في المفهوم الاول، فالمسلم العادل هو من لايفسق باخلال واجب اوارتكاب محرم . والمسلم الفاسق من كان لايبالي عن القبائح ويرتكبها ، فتنطبق العدالة حينئذ عند الشيخ على مايعطي ظاهر عبارة جمع كثير من القدماء ، حيث يفسرون العدالة بمجرد ارتكاب الواجبات والانتهاء المحرمات ، لولم نرجع هذا التفسير أيضاً الى الملكة كما هو الظاهر من قولهم «فلان لايفعل كذا» أي له حالة رادعة عنه .

مضافاً الى عدم معقولية كون الفعل والترك الاتفاقيين الغير الصادرين من حالة نفسانية مناطاً للعدالة ، لانه غير داخل تحت ضابط حتى يجعل المدار عليه فيقال مثلا : ان المدار على عدم الارتكاب في آن الشهادة أوقبله بيوم أو يومين

أو سنة أو سنتين أو في جميع السنين الماضية أو غير ذلك من المضحكات . بخلاف المقرونين بالملكة والحالة ، فان المناط حينئذ على تلك الحالة بشرط عدم فعل الكبيرة أو التوبة على تقدير الفعل .

ولعل ظاهر قوله « الاصل في الاسلام العدالة » غير الثاني ، لان الاسلام بناءاً عليه معتبر في العدالة جزءاً لأمارة عليها، وقد عرفت أن هذه العبارة ظاهرة في كون الاسلام طريقاً اليها. وكذا غير الثالث، لان الاسلام بناءاً عليه غير معتبر في العدالة أصلا لاطريقاً ولاموضوعاً . وظاهر العبارة المزبورة مدخليتهما في العدالة لافي المقسم كما احتملنا .

(ولنا على المقام الثاني) أن الاكتفاء بعدم ظهور الفسق وعدم البحث عن الباطن وان ورد بها أخبار متكاثرة واضحة الدلالة لكنها شاذة معارضة بأقوى منها دلالة وعملا. نعم الاكتفاء بحسن الظاهر له وجه لشهادة جملة من الاخبار، بل يدل عليه قوله عليه السلام بعد ذكر أن العدالة هي العفاف في صحيحة ابن ابي يعفور « والدليل على ذلك كله أن يكون ساتراً لعيوبه حتى يحرم على الناس تفتيش ماوراء ذلك »[1]، فانه صريح في أن ملكة التستر- أعني حفظ ظاهره من القبائح - دليل على العدالة .

لكن في الاعتماد على حسن الظاهر أي ملكته تعبداً محضا مثل الاصول التعبدية حتى فيما لو علم كون التستر حياءاً من الناس لاخوفاً من الله مع الشك في الفسق الواقعي ، أو مشروطاً بافادته العلم كما نقل عن ظاهر الشهيد الثاني في كتاب الصلاة، وهو ظاهر المحقق هنا حيث أوجب البحث ولم يجوز الاعتماد على حسن الظاهر، أو الظن المطلق نوعاً أو شخصاً، أو الظن الاطمئناني الشخصي.

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات ح ١ .

وجوه أو أقوال ، أقربها الاخير ، يدل عليه قوله عليه السلام في مرسلة يونس « فاذا كان ظاهره ـ أي الشاهد ـ ظاهراً مأموناً جازت شهادته »[1]. فان حسن الظاهر انما يكون مأموناً اذا كان بحيث يظن معه عدم الخيانة ظناً فعلياً .

[أمور تتعلق بالملكة]

وينبغي التنبيه على أمور :

(الاول) ان المراد بالملكة ملكة التجافي عن جميع الكبائر ، فلا عبرة بملكة البعض دون البعض والا لكان جميع الناس عادلين الا من شذ ، اذ مامن أحد الا وفيه حالة رادعة عن بعض المعاصي لامحالة ، الا أن يقال : ان المراد بالملكة هي الحالة الناشئة عن خوف الله تعالى . ومثل ذلك لايقبل التشكيك . وفيه نظر .

(والثاني) ان الملكة لاتنافي فعلية المعصية الكبيرة ، لأن الملكات قد تغلب . ومن العجب اعتقاد بعض امتناع ذلك حتى نفوا ثبوت الملكة في مثل سلمان . نعم صدور المعصية ينافي العدالة ، لانها عبارة عن الملكة المقيدة بعدم المعصية لاعن مجرد الملكة ، فصدور المعصية يوجب زوال أحد الجزئين .

(والثالث) ان معيد العدالة التوبة مع العزم على عدم المعاودة . فاذا علم ذلك من مرتكب الكبيرة مع احراز ملكته عادت عدالته .

(والرابع) ان كل معصية تنافي الملكة ، فالتجري بها ظاهراً كذلك وان لم نقل بحرمته شرعاً ، لان التجري في مقام الكشف عن عدم الاكتراث في الدين وعدم المبالاة عن النواميس الشرعية لايقصر عن نفس المعصية ـ فافهم . والله العالم .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٣ من ابواب كيفية الحكم .

التقاط

[نقض حكم الحاكم اذا عرف فسق الشهود]

اذا حكم الحاكم بعد احراز العدالة كل على مذهبه ثم ظهر للحاكم فسق الشهود قبل الحكم ، فهل يجب عليه نقض الحكم كما صرح به غير واحد أم لا. وعلى تقدير النقض فهي وجوب النقض على كل من كان عالماً بفسقهم من مجتهد أو مقلد. أو التفصيل بين علم الحكام فالنقض وعلم المقلد فالعدم . وجوه واحتمالات تنشأ من التامل في أن عدالة الشهود شرط علمي للحاكم أو واقعي ، وعلى الاول فهل العبرة بعلم الحاكم الذي حكم أو نوع الحكام ، وعلى الثاني يجب على كل من علم بفسقهم نقض الحكم كما لو علم الحاكم نفسه سواء كان مجتهداً أو مقلداً.

لايقال : اذا كانت العدالة شرطاً واقعيا لم ينفذ الحكم الافي حق من علم بعد التهم ، فيجوز للشاك النقض أيضاً كالعالم بالفسق .

لانا نقول : علم الحاكم يقوم مقام علم غيره في صورة الشك خاصة لامطلقا ، وعلى الاول من شقي الاول لايجوز النقض مطلقا حتى من الحاكم وعلى الثاني يجوز لغير الحاكم من سائر الحكام النقض دون المقلد ، فكل حاكم يتبع علمه بالعدالة والفسق وأما صورة الجهل فمثل ماذكر من قيام علم الحاكم الذي حكم مقام علم غيره .

وهذه الوجوه آتية في عدالة شهود الطلاق أيضاً بالنسبة الى المطلق أو الشهود أو غيرهم من سائر المكلفين .

والتحقيق أن حكم الحاكم بمقتضى البينة نظير فتوى المجتهد بمؤدى الرواية ، وان الفتوى والحكم كليهما ناظران الى مدلول الامارة الشرعية من حيث كونه مدلولا لها لامن حيث كونه مطابقاً للواقع . فوظيفة الحاكم الالزام بما تقوله البينة العادلة من حيث كونه قول البينة لامن حيث كونه صدقاً أو كذباً ، كما أن وظيفة

المفتي الافتاء بمدلول الرواية من حيث كونه مدلولها .

وقضية تلك الحيثية أنه اذا تبين فسق الشهود تبين فساد الحكم، وانه لاحكم هنا واقعاً بل ظاهراً . كما لو تبين فسق الراوي للمقلد على مذهب مجتهده الذي يعتبر العدالة في الراوي ، فانه لاشبهة في وجوب نقض الفتوى ماضياً ومستقبلا.

والحاصل ان فساد المستند في الحكم والفتوى بمثل اختلال هذا الشرط ـ أعني العدالة ـ يستلزم فساد الحكم وان شك في الخطأ الواقعي ، اذ ليس المفتى به والمحكوم به هو مدلول الامارة من حيث كونه مطابقاً للواقع حتى يشك مع اختلال بعض شرائط القبول في صحة الحكم أو الفتوى . بل هو من حيث كونه مدلولها .

وهذه الحيثية تنتفي عند بعض شرائط تلك الامارة ، فالحكم المستند الى شهادة الزور أو شهادة الفاسق ليس بحكم متبع والزام نافذ في الواقع كالفتوى بمؤدى قول الفاسق مثلا عند مشترطي العدالة في الراوي . بل الامر في الشهادة أيضاً كذلك . اذ الشاهد لو علم مستند شهادته وفساده يجب متابعته مطلقـا وان احتمل مطابقته للواقع . فمن شهد بالفجر أو الهلال مستنداً الى شيء علم عدم صلاحيته للشهادة لم يجب قبول قوله .

والحاصل ان التعبد بمقتضى الامارات والأدلة الشرعية يرجع الى وجوب العمل بمؤدياتها من حيث كونها مستفادة منها لا من حيث المطابقة للواقع وعدمها، فلا يعقل مع فسادها باختلال بعض شرائط العمل موضوع للتعبد الشرعي .

فظهر أن مقتضى القاعـدة هو الاحتمال الثاني ـ أعني كون العدالـة شرطاً واقعياً ـ لان وجود الموضوع شرط واقعي لحكمه ، ولا يعقل أن يكون شرطاً علمياً الا بعد فرض عدم كونه هو الموضوع ، فمن حكم أو أفتى أو عمل بمؤدى البراءة المشروطة بعدم الناقل مع وجوده في الواقع وخطائه في الفحص خطأ

غير معذور كان الحكم صورياً ظاهرياً في مرحلة الظاهر أيضاً .

وأما شهود الطلاق فالظاهر من أدلته أيضاً اعتبار العدالة الواقعية فيهم ، فلو كان الشاهدان فاسقين حرم عليهما تزويج المرأة المطلقة بمحضرهما وهكذا غيرهم. لكن في القواعد أنه يجوز لهما نكاحها على اشكال. وعلى الاول فاحراز العدالة منوط بنظر المطلق ، فيكفي احرازه على احراز غيره في صورة الشك لامطلقاً .

هذا، وقد يقال ان كون العدالة شرطاً واقعياً في حق جميع المكلفين مشكل، لما يترتب عليه من المفاسد التي لايظن بالتزام أحد اياها ، مثل سماع قول كل من يتمرد من قبول حكم الحاكم مدعياً لفسق الشهود ولزوم الهرج والمرج ، فلايبعد القول بأن علم غير الحكام بفسق الشهود غير مؤثر في جواز النقض ، وأما الحكام فلا ضير في القول بجواز النقض في حقهم ، بمعنى عدم وجوب انفاذ الحكم المستند الى البينة الفاسقة عليهم اذا كانوا عالمين بها .

وعبارة الشرائع في هذه المسألة لاتخلو عن اجمال، قال: ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه . لاحتمال البناء على المعلوم والمجهول في الفعلين ، أعني حكم ونقض ، فعلى الاول اختص النقض بالحاكم ، وعلى الثاني عم كل من تبين عنده فسق الشهود . والله العالم .

التقاط

[كيفية تعديل الشهود او جرحهم]

اختلفوا في قبول التعديل والجرح مطلقين أو مفصلين أو مختلفين على أقوال ، وقبل الخوض في المسألة فلنقدم مقدمتين :

(الاولى) ان متعلق الاخبار قديكون حكماً شرعياً صرفاً، وقد يكون موضع

الحكم الصرف ، وقد يكون ملفقاً منهما .

لاشكال في أن الاول يرجع الى الاجتهاد والفتوى، كما أن الثاني الى الشهادة. ومثل الاول الاخبار بحدود الموضوعات المستنبطة . فانه أيضاً يرجع الى الفتوى دون الشهادة . وأما الثالث فالتحقيق فيه انه أيضاً ملحق بالفتوى وان كان بينهما بعض الفرق . مثاله الشهادة بالمملك لا بالملك، اذ الشهادة على حصول المملك ترجع الى الشهادة بوجود شيء خارجي والفتوى بأنه مملك . ومثل الاخبار بالرضاع فان مرجعه أيضاً الى نحو من الفتوى . بل هو مندرج تحت الاخبار بوجود الموضوع المستنبط من حيث وصفه العنواني الراجع الى نحو الاجتهاد، ولذا ذهب الاكثر الى عدم قبول الشهادة على الرضاع الا مفصلا بذكر مرات الرضعة .

وأما الشهادة على أمر مبين متحد مفهوماً بين الكل مختلف بحسب الاسباب فخارج عما نحن فيه ، فان المشهود به اذا لم يكن متضمناً للفتوى بل كان من الموضوعات الصرفة الخارجية فالشهادة به مقبولة وان كان له أسباب مختلفة بين صحيح وفاسد . كالملكية والزوجية والحرية ونحوها. فان عموم حجية قول العدل يشملها الا اذا علم الاستناد فيها الى الاسباب الفاسدة ، والا لما بقي للمسلمين شهادة ، اذ ما من خبر الا ويمكن الاستناد فيه الى سبب حدسي فاسد .

ومن هذا القبيل الشهادة على البيع ، فانها مقبولة من غير استفصال عن صيغته وشرائطه . لان النقل أمر عرفي لاتعدد فيه ولا اختلاف بحسب الانظار ، وانما الخلاف في أسبابه .

وقد يقال: ان قبول الشهادة على البيع مطلقاً أما باعتبار حمل الفعل على الصحيح الواقعي، واما باعتبار حمل الحاكم أو حمل الشهود اتكالا على أصالة الصحة التي جعلها الشارع دليلا على الصحيح الواقعي، ولو مع العلم باختلاف رأي البايع مع

رأي الحامل فضلا عن الشك فيه ، والاول أولى . فتأمل .

(والثانية) ان مناط العدالة والفسق على الاقتحام في المعصية الاعتقادية دون الواقعية ، فمن تناول كل قبيح باعتقاد معذور من اجتهاد أو تقليد أوقصور بحليته لم يكن فاسقاً، بل يتصف بالعدالة اذا كان معه الحالة الرادعة عن ارتكاب مايراه فسقاً .

وأما تناول المباحات معتقداً لحرمتها جهلا مركباً من اجتهاد أوتقليد فخروجه عن العدالة مبني على القول بأن التجري مثل المعصية ، وستأتي الاشارة اليه . ومقتضى ذلك التوقف في الحكم بعدالة شخص أوفسقه اذا فعل فعلا وشك في اعتقاده الحل أو الحرمة وان كان في نظر الحاكم حراماً .

[شرطية التفصيل في الجرح]

اذا تحقق ذلك فاعلم أنهم اختلفوا في قبول الجرح مطلقا أومفصلا، والمشهور الثاني استناداً الى أن الحاكم قد يخالف رأيه لرأي المزكي ، فيبني في التفسيق على مذهبه مع مخالفته رأي الحاكم ، حتى انهم صرحوا باختصاص القبول مطلقا بما اذا كان الحاكم والمزكي متوافقين في أسباب الفسق ومفهوم الكبيرة وأشخاصها .

وهذا الكلام بظاهره غير مستقيم ، لما ظهر في المقدمة الاخيرة من أن الفسق لايحصل الا بعد اعتقاد الفاعل معصية الفعل ، ومقتضى ذلك عدم العبرة برأي الحاكم أوالمزكي بل برأي المزكى .

ويمكن توجيه كلامهم بأن ملاحظة رأي الحاكم أوالمزكي انما هو لاجل الاختلاف في مفهوم الكبيرة ومصاديقها لافي عدد المعاصي ، وهومما يوجب الاستفصال .

توضيحه : ان الفسق يحصل بالمعصية الكبيرة ، ولابد فيما يحصل به من احراز أمرين : أحدهما كونه معصية ، والثاني كونها كبيرة . والاول هو الذي قلنا باناطته على رأي الفاعل في الحل أو الحرمة ، وأما الثاني فالمناط فيه هو نظر من يريد ترتيب آثار العدالة من تزكية أو حكم أو غيرهما ، وذلك لان المعصية تخرج عن كونها معصية بالجهل ، وأما الكبر والصغر فلا يؤثر فيهما الجهل .

مثلا : اذا قيل ان الكبيرة ماأوعد الله عليه النار ، فهذا المعنى لايتغير بعلم الفاعل ولابجهله بايعاده تعالى ، فلو فعل فعلا معتقداً بكونه معصية غافلا عن كونه كبيرة أو جاهلا به أو معتقداً بكونه صغيرة فيجري عليه حكم فاعل الكبيرة من الآثار الوضعية عند العالم بالحال ، ولو انعكس انعكس .

فلو اعتقد الفاعل كونه كبيرة دون الحاكم أو المزكي أو غيرهما ممن يريد ترتيب آثار الفسق والعدالة اما باعتبار الاختلاف في مفهوم الكبيرة ـ كما اذا كان رأي الفاعل أن كل ما أوعدالله عليه فهو كبيرة ـ وارتكب شيئاً منها وكان رأي الحاكم أنها أخص من ذلك وانها خصوص ماأوعدالله عليه النار ، أو في مصداقها من جهة بعض الاشتباهات في الادلة كما اذا اتفقا على أن الكبيرة ماأوعد الله عليه النار واختلفا في ايعاد النار على بعض المعاصي ـ كالغناء في غير مقام اللهو باعتبار دعوى النافي أن آية اللهو(1) التي استدل بها الامام عليه السلام على كونه من الكبائر(2) لاتعم ماكان منه في غير مقام اللهو ـ أو في مصداقها من جهة الشبهة الموضوعية الخارجية كما اذا كان معتقد الفاعل أنه يشرب خمراً ومعتقد الحاكم أو المزكي أنه شرب عصيراً محرماً ، لم يحكم بفسقه في الصور الثلاث .

نعم يمكن التفسيق في الصورتين الاخيرتين ، بناءاً على أن التجري في

(١) وهي قوله تعالى «ومن الناس من يشتري لهو الحديث ...» [سورة لقمان:٦] .

(٢) الوسائل ج ١٢ ب ١٥ من ابواب مايكتسب به ح ١ .

المعصية مثلهـا في أصلها ووصفها ، دون الصورة الاولى التي هي محط نظر الاصحاب خاصة أومع الصورة الثانية أيضاً ، لعدم تحقق التجري فيها بالنسبة الى مااعتقده كبيرة ، لان التجري بها مرجعه الى اعتقاده صدق ماظن أنه كبيرة علـى مايأتي من الصغيرة الواقعية في نظره .

والامر فيها ليس كذلك ، لان المفروض فيها أن مرتبة المعصيـة محفوظـة عند الفاعل ، وليس مخطئاً في اعتقاد تحقق تلك المرتبة فيما يأتي به من المعصية وانما هومخطىء في ظن وسعة دائرة الكبيرة حيث اعتقد شمولها لتلك المرتبة.

والحاصل ان خطأ الشخص في كون مايأتي به من المعصية كبيرة، تارة يكون من جهة الصغرى وأخرى من جهة الكبرى. والاول مثل مااذا أصاب في كون شرب الخمر كبيرة وأخطأ في اعتقاد كون مايأتي به من الشرب شرب خمر، والثاني مثل مااذا اخطأ في كون النظر الى الاجنبية كبيرة وأصاب في اعتقاد كون مايأتي به من أفراد النظر .

والتجري بالكبيرة انما يتحقق بالاول دون الثاني . لان الناظر الى الاجنبية مثلا مع علمه بمرتبة معصيته وكونها أخف من الزنا التي هي كبيـرة لم يتجر على المولى بشيء .

ولو اعتقد جهلاأن هذه المرتبة الخفيفة تشارك المرتبة الاكيدة من العصيان في عنوان الكبيرة الذي ترتب عليه في الاخبار وكلمات الاخيار بعض الاثار الوضعية كالتفسيق وعدم التكفير الابالتوبة . أترى أن من يرى أن كل معصيـة كبيرة فهو عاص بنفس المعصية ومتجرى بوصفها عند من يخطئه .

وكذلك يمكن منع اجراء حكم فاعل الكبيرة في المسألة الاولى في الشبهة الموضوعية ، مثل مااذا شرب الخمر باعتقاد أنه العصير ، لان شرب الخمر اذا كان مغفولا عنه لم يتحقق حينئذ معصية شرب الخمر أصلاحتى يجري عليه حكم

فاعل الكبيرة .

وماقلنا من عدم تأثير العلم والجهل في الكبر والصغر ، انما هو بعد تحقق العصيان بذات الكبيرة ، وأما مع فرض عدم تحقق المعصية بالنسبة الى ذاتها فلامعنى لجريان حكم المعصية الكبيرة عليها . الاأن يقال : ان الغفلة عن عنوان شرب الخمر انما يخرجه عن المعصية اذا لم يتصف بالمعصية بعنوان آخر كشرب العصير ، مثل ما اذا شرب الخمر باعتقاد كونه ماءاً. وأما مع الاتصاف فنمنع عدم تحقق المعصية بالنسبة الى شرب الخمر حينئذ .

نعم في الشبهة الحكمية يتجه الحكم بالفسق ، لما أشرنا من أن الجهل بكون المعصية كبيرة مع الالتفات الى أصل العصيان لايمنع عن ترتيب آثار الكبيرة .

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا وجه غير بعيد لصحة القول المشهور من لزوم الاستفصال ، لانا اذا قلنا ان مناط الفسق والعدالة على ارتكاب الكبيرة الواقعية وعدم الارتكاب فلا جرم يسقط نظر المزكي والفاعل عن الاعتبار في كبر المعصية وصغرها ، لان طريق الواقع لكل شخص اعتقاده لااعتقاد غيره ، فالمزكي لابد أن يكون موافقاً مع الحاكم في أسباب الفسق حتى تقبل شهادته ، فمع شك الحاكم في الموافقة لابد له من الاستفصال .

لكن هذا الوجه لايجري في قول من يرى ان المعاصي كلها كبيرة كابن ادريس ، فانه يقتضي الاعتماد على رأي الفاعل دون الحاكم أو المزكي .

[حمل كلام المخبر على الصدق الخبري]

هذا، وفي المقام شيء آخر لو تم لزم قبول الجرح مطلقا، وهو حمل كلام المخبر على الصدق الخبري ، ولو مع الاختلاف في أسباب المخبر به كما أشرنا

اليهفي ذيل المقدمة الاولى ،فاذا أخبر بالفسق الواقعي باعتقاده وجب على السامع تصديقـه في ذلك الاعتقاد والحكم بمطابقته للواقع ،كما اذا أخبر بالملكيـة والزوجية ، لان أدلة الشهادة وأدلة تصديق العادل انما تدل على تصديق الخبر دون المخبر ، فـان الفاسق والعادل سيان في التصديق المخبري الراجع الى حمل اخباره على وجه مباح دون مطابقة الواقع. والاختلاف في أسباب المخبر به لايقدح اذا كان متعلق الاخبار هو الواقع .

وفيه نظر ، لان أدلة صحة قول العدل لاتساعد على قبول اخباره الناشيء عن الاجتهاد اجماعـاً وعن الحدس على الاقوى ، ولذا لايعتبر قول المجتهد وفتواه ولو على سبيل الجزم واليقين الا على مقلديه ، واذا فرضنا كون المخبر به من الامور المختلف فيها بحسب الاسباب انتهى الاخبار به الى شهادة وفتوى. مثلا: اذا أخبر بالملكية مستنداً فيها الى المعاطاة فهذا الاخبار ينحل الى قضيتين : احداهما الشهادة على وقوع المعاطاة ، والثانية الفتوى بافادتها الملكية . وبعد فرض الاجماع مثلا على عدم حجية الفتوى يسقط اخباره بالملكية عن الاعتبار عند السامع ، سواء كان عالماً بفساد المعاطاة أو شاكاً في صحتها .

وماذكرت من دلالة الادلة على التصديق الخبري لايقتضي تصديق المخبر في اجتهاده بالاتفاق ،كما اذا أخبر بنجاسة عرق الجنب مثلا ، ولازم ذلك عدم حجية الشهادة المتضمنة للاجتهاد والفتوى أيضاً كما في الامثلة المشار اليها، لان المشهود به اذا كان مختلفـاً فيه بحسب الحقيقة كالرضـاع أو بحسب الاسباب كالملكية تضمنت نحواً من الافتاء .

ودعوى أن قضية تصديق العادل في القسم الاخير حمل الخبر على مايطابق الواقع في اعتقاد السامع دون المتكلم . فاسدة . لان تصديق العادل في خبره عبارة عن الحكم بثبوت مضمونه واقعاً في اعتقاده لافي اعتقاد السامع .

(وثانيها) اجراء أصالة الصحة في أسباب الملكية والزوجية مثلاالتي أخبر بها العادل بناءاً على القول المزبور، وهذا هوالذي أشرنا اليه في ذيل المقدمة الاولى ، حيث قلنا ان الشاهد اذا أخبر بالبيع مثلافيقبل ذلك الاخبارثم يحمل هذا البيع الثابت بالبينة على البيع الصحيح الواقعي لاالصحيح عند الفاعل ، وهكذا اذا أخبر بالملكية ، فان الاخبار بها اخبار بسببها التزامـاً ، فيقبل ذلك الاخبار ثم يعمل أصالة الصحة في ذلك المدلول الالتزامي ، أعني السبب .

(وثالثها) ندرة السبب المختلف فيه لهذه الامور وجوداً ، فان أسبابهـا المختلف فيها وان كانت كثيرة في نفسها لكن الغالب استنادها في الخارج الى السبب المتفق فيه لكونهـا من الموارد المطلوب فيها شرعاً وعرفاً الاحتياط التام .

هذا في مثل الملكية والزوجية مما يكون له سبب في الشرع ، وأما سائـر الموضوعات العرفية الصرفة ـ كالهلال ودخول الوقت وموت زيد ـ فالغالب أيضاًفيهااستناد علم الشاهد بها الى الامور الحسية أوالحدسية المنتهية الى الحس.

وهذه الغلبة مماجرى على متابعتها بناء العقلاء ولحقه امضاء الشارع أيضاً، بل يمكن نفي هذا الاحتمال النادر، أعني احتمال الاستناد الى السبب المختلف فيه أو الحدس الباطل بالاصل فيهما ، لان أصالة عـدم الخطأ في الاجتهاد أو الحدس انما يمنع جريانه عكس احتمال الخطأ في الحس باعتبـار عدم افادته الظن النوعي عند العقلاء ، والا فلامانع منه جداً .

ومن الواضح أن أصالة عدم الاستناد الى السبب الفاسد أو الحدس الباطل في الامور الحسية لايبعد القول بافادته الظن النوعي ومتابعته عند العقلاء .

ولاريب أن شيئاً من هذه الامور لايجري في الاخبار بالفسق، اذ ليس على قبول الاخباربه مطلقاًسيرة تكشف عن دليل آخر غير أدلة التصديق. كيف والمشهور

بين العلماء قولا وفعلا الاستفصال عن سبب الفسق، وكذا لم يتحصل فيه الغلبة المشار اليها .

وأما أصالة الصحة فعدم جريانها في الاخبار بالفسق- أي في مدلوله الالتزامي أعني السبب - واضح ، لان أسباب الفسق ليست مما تقبل الصحة والفساد .

كل ذلك مضافاً الى عدم كون الاخبار بالفسق مثل الاخبار بالملكية من الامور الواقعية المتحدة بحسب المفهوم عند الكل ، بل مثل الاخبار بالرضاع والملك الذي يختلف حقيقته بحسب اختلاف الانظار .

[كيفية تعديل الشهود]

كل ذلك في الفسق ، وأما العدالة فقد تبين الحال فيها أيضاً مما ذكرنا ، لانه ان جعلناها من المفهومات المتحدة عند الكل جرى فيها ماقويناه من حمل الاخبار بمثلها على الواقع باعتقاد السامع والا لم ينفع خبر حسي أومافي حكمه أصلا، لقيام احتمال الحدس في الكل الا ماشذ . وعلى هذا يكون أصالة الصحة من جزئيات هذه القاعدة . أعني قاعدة حمل الاخبار على الصحة ، بمعنى اندراجهما معاً تحت قاعدة أخرى .

وهوماقواه بعض مشائخ متأخري المتأخرين في كشف الغطاء من أن الاصل في كل شيء مردد بين صحيح نافع وفاسد غير نافع الصحة فعلا كان أو قولا أو عيناً خارجياً . فمدعي العيب يطالب بالبينة ، لان الاصل السلامة مثلا .

وان قيل بتعدد مفهومها وتردده بين الملكة وحسن الظاهر وظهور الاسلام ، جرى فيه ماقلنا في مثل الشهادة بالرضاع من عدم الاشكال في الاستفصال . لكن قد يقال بوجوب الاستفصال على التقدير الاول أيضاً ، لان العدالة وان كانت هي الملكة عند الكل الا أن تقييدها بعدم الفسق الواقعي يجعلها مثل الفسق في

الاستفصال ، لان الملكة المقيدة بعدم صدور الكبيرة الواقعية تختلف بحسب الانظار على حد اختلافها في مفهوم الكبيرة ومصاديقها ، فاذا جعلنا المدار في الكبيرة على اعتقاد الحاكم كان مدار العدالة أيضاً عليه ، وهو واضح .

فيجب على الحاكم حينئذ الاستفصال عن ملكة اجتناب جزئيات مارآه كبيرة، بأن يقول أله ملكة الكف عن الزنا وشرب الخمر وشرب العصير لو زعمه كبيرة ، الى آخر مايراه كبيرة حذراً من مخالفة رأي الشاهد لرأيه في الكبيرة، فاذاشهد بملكة الكل سئل ثانياً عن بقاء العدالة لعدم صدور شيء من تلك الكبائر ، ولو شهد الشاهد بملكة الكف عن جميع المعاصي وعدم صدور شيء منها كفى من غير استفصال .

تـذنيب

[اعتبار العلم في مستند التعديل]

مستند الشاهد في الجرح لابد أن يكون علميا ، فلا يكتفى بالظن بالفسق قطعاً ، ولعله لاخلاف فيه أيضاً . وأما مستنده في التعديل فمقتضى القاعدة أيضاً اعتبار العلم بها في الشهادة وان قلنا بكفاية الظن لترتيب سائر آثار العدالة ، اذ لا ملازمة بينهما جـداً ، بل الامر بالعكس نظرا الى مادل على اعتبار العلم في الشهادة زيادة على ماهو الاصل في كل شيء .

لكن يمكن الاستدلال على كفاية الظن بأن الاقتصار على العلم في الشهادة بالعدالة حرج شديد موجب لاختلال امور المسلمين لانسداد طريق العلم اليها غالباً ، فلابد من الاكتفاء بالظن كسائر مايغلب فيه انسداد باب العلم ، مضافاً الى ظاهر الاخبار البالغة حد الاستفاضة أو التواتر الواردة في الباب ، فان أقل ماتدل عليه هو الاتكال والاعتماد في ترتيب آثار العدالة على الصلاح الظاهري

المفيد للظن .

ودعوى التفكيك بين جواز الشهادة وسائر الآثار. مدفوعة باطلاق مايستفاد منها من كون صلاح الظاهر طريقاً على العدالة ودليلا عليها كما نطق به قوله عليه السلام في مرسلة يونس « فاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته »[1] وقوله عليه السلام في صحيحة ابن ابى يعفور « والدال على ذلك كله أن يكون ساتراً لجميع عيوبه »[2] ، مضافاً الى قوله عليه السلام في هذه الصحيحة بعد ذلك « حتى يحرم على المسلمين تفتيش ماوراء ذلك من عثراته وغيبته ويجب عليهم توليته واظهار عدالته » لان التعديل اظهار للعدالة كما لايخفى . والى مافي رواية أخرى أيضاً من الدلالة على أن « من حسن ظاهره كملت مروته وظهرت عدالته » ، فانهما تدل بدلالة الايماء والتنبيه على كبرى محذوفة صغراه قوله « كملت مروته » والا لغى الكلام كما لايخفى . وهي أن كل من ظهرت عدالته وجب الالتزام بآثار العدالة في حقه التي من جملتها الشهادة .

ثم ان في الاكتفاء بمطلق الظن أو اعتبار الظن الاطمينانى مطلقاً أو خصوص مايحصل منه من حسن الظاهر وصلاح ظاهر الحال . وجوه أظهرها وأحوطها الاخير . بل لايبعد دلالة مافي المرسلة على ذلك . لان مأمونية الظاهر لاتنفك عن اطمينان الخاطر وطمأنينة القلب . فيقيد به اطلاق الباقي لو كان فيها دلالة على الاكتفاء بمطلق الظن بناءا على التقييد في الاحكام الوضعية حتى في المثبتين مطلقاً ـ فافهم . والله العالم .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات .

(وثانيها) اجراء أصالة الصحة فيأسباب الملكية والزوجية مثلاالتي أخبر بها العادل بناءاً على القول المزبور، وهذا هوالذي أشرنا اليه في ذيل المقدمة الاولى ، حيث قلنا ان الشاهد اذا أخبر بالبيع مثلافيقبل ذلك الاخبارثم يحمل هذا البيع الثابت بالبينة على البيع الصحيح الواقعي لاالصحيح عند الفاعل ، وهكذا اذا أخبر بالملكية ، فان الاخبار بها اخبار بسببها التزامـاً ، فيقبل ذلك الاخبار ثم يعمل أصالة الصحة في ذلك المدلول الالتزامي ، أعني السبب .

(وثالثها) ندرة السبب المختلف فيه لهذه الامور وجوداً ، فان أسبابهـا المختلف فيها وان كانت كثيرة في نفسها لكن الغالب استنادها في الخارج الى السبب المتفق فيه لكونهـا من الموارد المطلوب فيها شرعاً وعرفاً الاحتياط التام .

هذا في مثل الملكية والزوجية مما يكون له سبب في الشرع ، وأما سائـر الموضوعات العرفية الصرفة ـ كالهلال ودخول الوقت وموت زيد ـ فالغالب أيضاًفيهااستناد علمالشاهد بها الىالامورالحسية أوالحدسية المنتهية الىالحس.

وهذه الغلبة مماجرى على متابعتها بناء العقلاء ولحقه امضاء الشارع أيضاً، بل يمكن نفي هذا الاحتمال النادر، أعني احتمال الاستناد الىالسبب المختلف فيه أو الحدس الباطل بالاصل فيهما ، لان أصالة عـدم الخطأ في الاجتهاد أو الحدس انما يمنع جريانه عكس احتمال الخطأ في الحس باعتبـار عدم افادته الظن النوعي عند العقلاء ، والا فلامانع منه جداً .

ومن الواضح أن أصالة عدم الاستناد الىالسبب الفاسد أو الحدس الباطل في الامور الحسية لايبعد القول بافادته الظن النوعي ومتابعته عند العقلاء .

ولاريب أن شيئاً من هذه الامور لايجري في الاخبار بالفسق، اذ ليس على قبول الاخباربه مطلقاًسيرة تكشف عن دليل آخرغيرأدلة التصديق. كيفوالمشهور

بين العلماء قولا وفعلا الاستفصال عن سبب الفسق، وكذا لم يتحصل فيه الغلبة المشار اليها .

وأما أصالة الصحة فعدم جريانها في الاخبار بالفسق – أي في مدلوله الالتزامي أعني السبب – واضح ، لان أسباب الفسق ليست مما تقبل الصحة والفساد .

كل ذلك مضافاً الى عدم كون الاخبار بالفسق مثل الاخبار بالملكية من الامور الواقعية المتحدة بحسب المفهوم عند الكل ، بل مثل الاخبار بالرضاع والملك الذي يختلف حقيقته بحسب اختلاف الانظار .

[كيفية تعديل الشهود]

كل ذلك في الفسق ، وأما العدالة فقد تبين الحال فيها أيضاً مما ذكرنا ، لانه ان جعلناها من المفهومات المتحدة عند الكل جرى فيها ماقويناه من حمل الاخبار بمثلها على الواقع باعتقاد السامع والا لم ينفع خبر حسي أومافي حكمه أصلا، لقيام احتمال الحدس في الكل الا ماشذ . وعلى هذا يكون أصالة الصحة من جزئيات هذه القاعدة . أعني قاعدة حمل الاخبار على الصحة ، بمعنى اندراجهما معاً تحت قاعدة أخرى .

وهو ماقواه بعض مشائخ متأخري المتأخرين في كشف الغطاء من أن الاصل في كل شيء مردد بين صحيح نافع وفاسد غير نافع الصحة فعلا كان أو قولا أو عيناً خارجياً . فمدعي العيب يطالب بالبينة ، لان الاصل السلامة مثلا .

وان قيل بتعدد مفهومها وتردده بين الملكة وحسن الظاهر وظهور الاسلام ، جرى فيه ماقلنا في مثل الشهادة بالرضاع من عدم الاشكال في الاستفصال . لكن قد يقال بوجوب الاستفصال على التقدير الاول أيضاً ، لان العدالة وان كانت هي الملكة عند الكل الا أن تقييدها بعدم الفسق الواقعي يجعلها مثل الفسق في

الاستفصال ، لان الملكة المقيدة بعدم صدور الكبيرة الواقعية تختلف بحسب الانظار على حد اختلافها في مفهوم الكبيرة ومصاديقها . فاذا جعلنا المدار في الكبيرة على اعتقاد الحاكم كان مدار العدالة أيضاً عليه ، وهو واضح .

فيجب على الحاكم حينئذ الاستفصال عن ملكة اجتناب جزئيات مارآه كبيرة، بأن يقول أله ملكة الكف عن الزنا وشرب الخمر وشرب العصير لو زعمه كبيرة ، الى آخر مايراه كبيرة حذراً من مخالفة رأي الشاهد لرأيه في الكبيرة، فاذاشهد بملكة الكل سئل ثانياً عن بقاء العدالة لعدم صدور شيء من تلك الكبائر، ولو شهد الشاهد بملكة الكف عن جميع المعاصي وعدم صدور شيء منها كفى من غير استفصال .

تـذنيب

[اعتبار العلم في مستند التعديل]

مستند الشاهد في الجرح لابد أن يكون علميا ، فلا يكتفى بالظن بالفسق قطعاً ، ولعله لاخلاف فيه أيضاً . وأما مستنده في التعديل فمقتضى القاعدة أيضاً اعتبار العلم بها في الشهادة وان قلنا بكفاية الظن لترتيب سائر آثار العدالة ، اذ لا ملازمة بينهما جـداً ، بل الامر بالعكس نظرا الى مادل على اعتبار العلم في الشهادة زيادة على ماهو الاصل في كل شيء .

لكن يمكن الاستدلال على كفاية الظن بأن الاقتصار على العلم في الشهادة بالعدالة حرج شديد موجب لاختلال امور المسلمين لانسداد طريق العلم اليها غالباً ، فلابد من الاكتفاء بالظن كسائر مايغلب فيه انسداد باب العلم . مضافاً الى ظاهر الاخبار البالغة حد الاستفاضة أوالتواتر الواردة في الباب . فان أقل ماتدل عليه هو الاتكال والاعتماد في ترتيب آثار العدالة على الصلاح الظاهري

المفيد للظن .

ودعوى التفكيك بين جواز الشهادة وسائر الاثار. مدفوعة باطلاق مايستفاد منها من كون صلاح الظاهر طريقاً على العدالة ودليلا عليها كما نطق به قوله عليه السلام في مرسلة يونس « فاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته »[1] وقوله عليه السلام في صحيحة ابن ابى يعفور « والدال على ذلك كله أن يكون ساتراً لجميع عيوبه »[2] . مضافاً الى قوله عليه السلام في هذه الصحيحة بعد ذلك « حتى يحرم على المسلمين تفتيش ماوراء ذلك من عثراته وغيبته ويجب عليهم توليته واظهار عدالته » لان التعديل اظهار للعدالة كما لايخفى . والى مافي رواية أخرى أيضاً من الدلالة على أن « من حسن ظاهره كملت مروته وظهرت عدالته » ، فانها تدل بدلالة الايماء والتنبيه على كبرى محذوفة صغراه قوله « كملت مروته » والا لغى الكلام كما لايخفى . وهي أن كل من ظهرت عدالته وجب الالتزام بآثار العدالة في حقه التي من جملتها الشهادة .

ثم ان في الاكتفاء بمطلق الظن أو اعتبار الظن الاطميناني مطلقاً أو خصوص مايحصل منه من حسن الظاهر وصلاح ظاهر الحال . وجوه أظهرها وأحوطها الاخير . بل لايبعد دلالة مافي المرسلة على ذلك . لان مأمونية الظاهر لاتنفك عن اطمينان الخاطر وطمأنينة القلب . فيقيد به اطلاق الباقي لو كان فيها دلالة على الاكتفاء بمطلق الظن بناءا على التقييد في الاحكام الوضعية حتى في المثبتين مطلقاً ـ فافهم . والله العالم .

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٤١ من ابواب الشهادات .

التقاط

[العمل بقول الجارح عند اختلاف الشهود]

اذا اختلف الشهود في الجرح والتعديل ولم يرجع الى التكاذب ـ بأن اكتفيا بالجرح والتعديل المطلقين ـ كأن أخبر أحد بأنه فاسق والاخر بأنه عادل ـ فمقتضى القاعدة العمل بقول الجارح . لان الاخبار بالعدالة من حيث هو مع قطع النظر عن فرض بعض الخصوصيات اخبار بأمر وجودي هو الملكة وعدمي هو عدم صدور الكبيرة مثلا . ولاريب أن الاخبار بالامر العدمي مستنده عدم العلم أو الاصل، فلايعارض به ماهو بمنزلة الدليل بالنسبة اليه، أعني اخبار الجارح بالوجـود .

والحاصل ان الجرح والتعديل لو خليا وأنفسهما فالجارح مقدم ، لعـدم المعارضة بينهما كعدم معارضة الاصل والدليل، فان مرجع التعديل الى الاخبار بالملكة وعدم وجدان المعصية ومرجع الجرح الى وجدانها ، فلو عمل بقول الجارح لم يكذب المعدل باعتبار عدم منافاة قول الجارح لقوله، بخلاف مالو عمل بقول المعدل فانه تكذيب لقول الجارح بوجدان المعصية. ومقتضى وجوب تصديق العادل أن يجمع بين قوليهما بما ذكر .

واستشكل فيه المحقق الكاظمي في المحصول بأن التعديل والجرح اخباران بأمرين لايجتمعـان في الواقع لابمجرد حسن ظاهر أو صدور معصيـة حتى يجمع بينهما .

وفيه : انا لانقول بأن المخبر به في الجرح والتعديل ليس هو الامر الواقعي، بل نقول ان طريق اخبار المعدل به هو الاصل الذي لايعارض حس الجارح بالفسق ـ فافهم .

فان قلت : فرق بين الاخبار بالعدالة الواقعية اعتماداً على الظن الحاصل من الاصل وعدم الوجدان بعد الفحص وبين الاخبار بالعدالة الظاهرية أعني الملكة مع عدم العلم بالفسق، فان الاول يعارض اخبار الجارح بالفسق قطعاً غاية الامر كون المقام من قبيل تعارض الظني والقطعي ، والثاني لايعارضه جـداً . ضرورة عدم المنافاة بين عدم العلم بالمعصية والعلم بها، وظاهر الاخبار بالعدالة هو الاول . ولذا استدل في المسالك على تقديم الجرح بأنه مستند الى الحس والتعديل مستند الى عدم المعاينة والاصل ، وهما ظنيان فكان الاول أولى . فاذا ثبت التعارض فالعمل بالجرح طرح لقول المعدل لاجمع بينهما. فينبغي ملاحظة المرجحات كما ذكره المحقق المشار اليه .

قلت : لو سلمنا ان ظاهر الاخبار بالعدالة اخبار بالعدالة الواقعية اتكالا على الظن الحاصل من عدم الوجدان ، فليس بينه وبين الجرح أيضاً معارضة أصلا.

[الكلام في الامارة وكيفية قبولها]

والنكتة في ذلك أن الامارة اذا كانت بحيث تزول ذاتاً بالعلم بخلافها كانت نسبتها الى كل أمارة الى خلافها كنسبة الاصل الى الدليل في عدم المعارضة ، وانما تقبل الامارة للمعارضة اذا لم يكن العلم بالخلاف رافعاً لموضوعها بل لحكمها ، كالخبر مثلا فان العلم بكذبه لايرفع ذاته بل اعتباره . لان الخبر خبر في صورة العلم بالكذب أيضاً بخلاف عدم الوجدان وعدم الدليل وعدم البيان ونحوها من الامارات العدمية بعد الفحص والتتبع ، كأصل البراءة أيضـاً على القول باعتبارها من باب الظن ، فان العلم بالوجـود أو الدليل أو البيان يضاد أنفسها ويوجب زوال ذواتها لا أنه يوجب عدم اعتبارها .

فعدم وجدان الدليل مثلا ــ وان كان أمارة ظنية على عدم الحكم الواقعي

والدليلية الى كل منهما على حد سواء .

قلت : ذلك الاحتمال أمر خارج عن مدلول قول المعدل ، لان حاق معنى التعديل لايزيد عن الاخبار بأمر وجودي - وهو الملكة - وعدم العلم بوجودي آخر وهو الفسق ، كما أن معنى الجرح لايزيد عن الاخبار بأمر وجودي وهو المعصية الكبيرة وعدم العلم بوجودي آخر وهو التوبة ، فيؤخذ كل منهما في معلومه وهو الامر الوجودي لافي مجهوله ، بل يرجع فيه الى الاصل لو لم يعارضه قول الاخر . ومقتضى أخذ قول المعدل في معلومه تصديقه في الملكة ومقتضى عدم الاخذ في مجهوله الرجوع في الفسق الى الاصل . لكن يمنع عن الاصل تصديق قول الجارح في معلومه ، لانه بالنسبة اليه دليل وارد ، كما أن مقتضى عدم تصديقه في مجهوله - أعني التوبة - الرجوع الى الاصل ، فيلخص من التصديقين ثبوت الفسق كما لايخفى .

وأما احتمال استناد المعدل الى العلم بالتوبة بعد الفسق الذي شهد به الجارح فلايدل ظاهر لفظ التعديل عليه ، لان العام لايدل على الخاص بل على القدر المشترك . فالاخبار بمجيء الرجل مثلا لايترتب عليه حكم مجيء زيد بل حكم مجيء جنس الرجل .

ووجه كون التعديل أعم منه واضح ، لان العدالة قد تحصل بالملكة مع عدم تحقق الفسق في الخارج وقد تحصل بالتوبة بعد سبق المعصية . وهذا قسم خاص من الملكة ، كما ان الملكة الابتدائية بدون سبق المعصية قسم آخر ، والقدر المشترك بينهما هي الملكة مع عدم الفسق ، فاذا أخبر المعدل بالعدالة وجب تصديقه في ذلك القدر المشترك الذي هو القدر المتيقن لافي الملكة الخاصة الحاصلة بالتوبة بحمل كلامه عليها .

نعم لو علمنا منه ذلك قدم قوله على الجارح ، كما اذا شهد الجارح بالفسق

في يوم الجمعة والعدل بالتوبة في يوم السبت .

[لو اختلف زمان التعديل والجرح]

وقد جعل في محكي المبسوط من هذا القبيل مالو كان زمان التعديل مؤخراً عن زمان الجرح ، كما اذا انتقل الشاهد من بلد الى آخر فشهد بينة من أهل البلد المنتقل عنه بفسقه ومن أهل البلد المنتقل اليه بالعدالة ، أو اذا سافر الشاهد وشهد شاهد بفسقه في الحضر وآخر بعدالته في السفر باعتبار ما آنس منه في الطريق من الامور الكاشفة عن العدالة .

وفيه نظر ، وان كان ظاهر صاحب المسالك السكوت عنه المنبيء عن الرضا ، لان تقديم قول المعدل حينئذ ليس الا لاجل كونه نصاً في عدالته في الزمان المتأخر ، وقول الجارح ظاهراً بالنسبة اليه ونصاً في الزمان المتقدم ، فيصرف عن ظاهر الجرح بنص التعديل . وحاصله ان الاخبار بالفسق في يوم الجمعة مثلا لاينافي عدالته في يوم السبت ، فلايعارض ذلك الاخبار بعدالته يوم الجمعة ، لان الاخبار الثاني دليل بالنسبة الى الاخبار الاخر ، لظهور عدم دلالته على الفسق في يوم السبت الا بالظهور الحاصل من ملاحظة الاستصحاب الذي لايعارض الدليل .

وفيه :

(أولا) النقض ، لان تأخير زمان العدالة المشهود بها لو كان سبباً لتقديم قول المعدل لزم التوقف في صورة التقارن . لان التفاوت بينهما ليس الا من جهة اختلاف زماني الفسق والعدالة ، وتأثير الاختلاف اذا كان هو تقديم قول المعدل بصيرورته حينئذ نصاً بالنسبة الى مايقتضيه قول الجارح ، فيكون أثر الاتحاد عدم التقديم ، أعني التوقف باعتبار عدم الخصوصية في قول المعدل وكونه ظاهراً في العدالة كظهور قول الجارح في عدمها لاتقديم قول الجارح .

وبعبارة أخرى: اذاكان قول الجارح فيصورة التأخير ظاهراًوقول المعدل نصاً لزم أن يكون فيصورة الاتحاد ـ أي اتحاد زماني الفسق والعدالة كأن يقول الجارح هو فاسق الآن والمعدل هو عادل الان ـ ظاهرين متعارضين موجبين للتوقف ،كما هو الشأن في تعارض الظاهرين الا أن يكون قول الجارح مقدماً ـ فافهـم .

(وثانياً) ان وجه تقديم قول الجارح في صورة الاتحاد بعينه موجود في صورة التغاير ، واحتمال استناد قول المعدل الى علمه بالتوبة بعد الفسق الذي أخبر به الجارح موجود فيها أيضاً . وقد عرفت أن هذا الاحتمال أمرخارج عن حاق التعديل ، فلايصار اليه الا بتصريح المعدل به .

هذا هو الكلام في صورة الاطلاق ، أي فيما لم يرجع الجرح والتعديل الى التكاذب ، فان رجعا اليه فالمشهور أيضاً تقديم قول الجارح ، عملا بمعنى التوقف والرجوع الىمايقتضيه أصالة عدم العدالة والتكاذب ، بأن عين الجارح زمان المعصية وشهدالمعدل بأنه فيذلك الزمانكان مشغولا بعمل ينافي الاشتغال بتلك المعصية .

ومن صورته أيضا مالو كانت المعصية المشهود بها مما لايجامع الملكة ، كقطع الطريق وأخذ عشور أموال المسلمين ، فان أمثال هذه الكبائر العظمى القريبة من الكفر لاتجامع ملكة العدالة ، فالاخبار بها اخبار بعدمها ، كما أن الاخبار بالملكة اخبار بخلافها وعدم صدورها . ومثله ما لو كانت المعصية مما يمتنع خفاؤها على المعدل عادة فانه يرجع أيضاً الى التكاذب .

لكن لايبعدتقديمقولالمعدل في هذه الصورة اذاكان المعدل يدعيالاطلاع على وجه صحيح لهذا العمل القبيح الصوري مع اختفائه على الجارح، فيكون الجرح حينئذ بمنزلة الاخبار عن الظاهر والتعديل بمنزلة الاخبار عن الباطن .

هذا، وقد يتأمل في كون الفرض الاول من قبيل تكاذب الجارح والمعدل ، لان الاخبار بكون المجروح في غير مكان المعصية في زمانها ليس تعديلا له بل اخباراً بأمر ينافيها ، لان المخبر ربما لايخبر بعدالته لوسئل عنها .

نعم الفرض الاخير أقرب منه بالمثال وان كان فيه أيضاً بعض المنافيات . وكيف كان فالتحقيق أن التوقف لايستلزم العمل بما يقتضيه الجرح مطلقاً ، فان التكاذب اذا كان في معصية لاينافي الملكة ، فالتوقف فيه يقتضي العمل بمايوافق التعديل، لانه بعدتعارض قوليهما يرجع الى أصالة عدم صدور المعصية . فيبنى حينئذ على العدالة ، لان الفرض احراز الملكة ، وانما النزاع والتكاذب في الفسق باعتبار صدور المعصية لاباعتبار وجودها وعدمها . نعم لو كان التكاذب يرجع الى اثبات الملكة ونفيها كان التوقف مستلزماً للعمل بمايوافق الجرح ، لاصالة العدم بعد تعارض القولين . والله العالم .

التقاط

[عند تعارض الجرح والتعديل يؤخذ بالارجح]

لاعبرة بالمرجحات في تعارض الجرح والتعديل على ماصرح به غير واحد، حتى من يرى العمل بالظن المطلق في الاحكام وفي ترجيح الاخبار كالسيد في محكي الرياض وولده النبيل في محكي المفاتيح .

وهو الاصل فيماشك في اعتباره من الظنون استدلالا وترجيحاً، لان الاستناد الى الظن لايفرق فيه بين الاحتجاج به على وجه الاستقلال أو الترجيح كمافصلناه في الاصول حيث سوينا بين الوجهين في حرمة العمل .

نعم قد يقال بناءاً على كون البينة طريقاًشرعياً الى الموضوعات الخارجية ، ان طريقة العقلاء في أمثاله على متابعة أقرب الطريقين الى الواقع وأرجحهما،

لكن ذلك أيضاً مبني على لابدية الترجيح ، فانه لابد حينئذ من وجوب الاخذ بالارجح. واللابدية أيضاً تحتاج الى مقدمات لم يثبت شيء منها في المقام، منها عدم امكان الاحتياط أو عدم وجوبه، وحاصله ثبوت التخيير على فرض التكافؤ ، فانه مما لابد فيه من الاخذ بالاقوى .

والحاصل انه اذا ثبت التخيير بين الطريقين على فرض التكافؤ فمقتضى العقل بل النقل أيضاً الاخذ بالارجح ـ فتأمل . وأما اذا لم يثبت ذلك بل كان اللازم في تلك الصورة التوقف ـ مثل مانحن فيه ـ فطريقة العقلاء لايسلم كونها على الاخذ بالاقرب والارجح ، ومانحن فيه من قبيل الثاني اجماعاً عند من لم يقدم الجرح مطلقاً .

هذا مضافاً الى احتمال كون البينة أمراً تعبدياً غير ملحوظ فيه جهة الكشف عن الواقع أصلا كالاصول ، بل لعله أقوى الاحتمالين في البينة. وحاصله كون البينة موضوعاً للحكم وسبباً له لاطريقاً اليه .

ومع هذا الاحتمال يسقط اعتبار المرجح رأساً ، لان المرجح لابد أن يكون من جنس مافيه الترجيح ليتأكد به مصلحة العمل والامور الكاشفة عن الواقع والناظرة اليه، ومثل الاكثرية والاعدلية والاوثقية ونحوها لامساس لجهة الحكم الشرعي ومصلحته بناءاً على هذا الاحتمال . وهذا مثل ترجيح أحد الفريقين باعتبار عظم جثته ونحوها من المضحكات .

التقاط

[جواز الاستناد في ملكة العدالة الى الاستصحاب]

قد ذكرنا أن مستند الشاهد بالعدالة لايلزم أن يكون علمياً للزوم الحرج

والضيق، وانه يجوز له الاستناد في الملكة الى الظن وفي عدم الفسق بعد احرازها الى الاصل .

واعلم أيضاً أنه يجوز الشهادة عليها بسبب الاستصحاب ، بأن كانت الملكة الرادعة المشكوكة البقاء بعد العلم بها سابقاً ، فيشهد بها مع الشك في زوالها أوطرو الفسق ، فيحكم الحاكم بهذه الشهادة الاستصحابية . ولو شهد بالعدالة السابقة جاز للحاكم البناء على العدالة الفعلية بالاستصحاب .

والاصل في هذا الباب أن أدلة الاستصحاب حاكمة على اعتبار العلم في الشهادة وان كان العلم فيها موضوعاً . اذ لامانع عن مثل هذه الحكومة وان احتاج الى دليل آخر غير دليل جعل أصل الامارة الحاكمة .

ويمكن أن يكون ذلك الدليل هو الاجماع ، لان الشهادة بالملك والدين ونحوهما من الموضوعات جائزة بمقتضى الاستصحاب . نعم حكم الحاكم بها لايجوز أن يستند اليه لخروجه عن موازين القضاء ، وأما الحكم بالعدالة فليس من القضاء المحتاج الى الموازين المعهودة – فافهم .

التقاط

[وجوب سماع دعوى المجهول]

دعوى المجهول مذهب الشيخ الى عدم وجوب سماعها وأكثر المتأخرين الى الوجوب .

وقول الشيخ ليس مبنيا على خروجها بالنص ، فلا ينفع في رده التمسك بعموم أدلة القضاء أو اطلاقها لو كان لها عموم أو اطلاق ينفع في المقام ، بل على منع جريان فائدة القضاء وترتب أثر السماع ، لان فائدة سماع الدعوى انما هو الالزام بها بعد ثبوتها .

وهذه الفائدة غير متصورة في الدعوى المجهولة ، لان العنوان المجهول المقول بالتشكيك لايفيد الالزام ، اذ لايتصور الامر بدفع المجهول الاعلى أحد وجوه كلها باطلة في المقام :

(أحدها) الامـر بدفعه على وجه الابهام ، وهو غير معقول ، لان المبهم مع وصف الابهام لايمكن دفعه حتى يلزم به .

(والثاني) الامر به على وجه التخيير للدافع أو للمدفوع اليه، وهو الزام بغير المدعى به ، لان المفروض كونه أمراً معيناً في الواقع مبهماً في الظاهر .

(والثالث) الامر به على القدر المعلوم والمتيقن من محتملاته. كالامر بدفع الدين المجهول على دفع أقـل مايحتمله المدعي ، وهو أمر معقول لكنه ليس الزاماً بأمر مجهول بل بأمر معلوم . وليس مما يتفرع على سماع دعوى المجهول أيضاً ، لان ذلك في المعنى دعوى لامر معلوم في ضمن عبارة متضمنة لامر بلا فائدة ، أعني احتمال الزائد .

والحاصل ان سماع الدعوى المجهولة ان كان لاجل الالزام بالقدر المتيقن. فهذا سماع لدعوى أمر معلوم لامجهول ، وهو خارج عن مفروض المسألة . مضافاً الى أن الالزام بالقدر المتيقن لايتمشى فيما اذا دار المجهول بين المتباينين كالثوب والفرس. الا أن يقال : ان دعوى العين المغصوبة فائدتها الالزام بالقيمة فراراً عن خلود الحبس كما مر في كتاب الغصب ، فيرجع حينئذ الى الاقـل والاكثر المتداخلين .

فان قلت : نختار الوجه الاول. أعني الالزام بالمجهول على ابهامه . قولك « انه يتعذر تسليمه فلايقبل الالزام ». قلنا ممنوع لامكان أدائه بالاحتياط أو الخروج عن عهدته بالصلح .

قلنا : اذا كانت المسألة من مجرى البراءة لدوران الامر بين الاقل والاكثر

في الدين والعين كليهما كما عرفت فحكم الحاكم لايوجب انقلاب حكمها الى الاحتياط ، بل غاية مايترتب على الحكم تنزيل المحكوم به منزلة الواقع .

ولاريب أن اشتغال الذمة واقعا بأمرمجهول مردد بين الاقل والاكثر لايزيد حكمه على ايجاب القدر الاقل ، فيرجع الأمر في سماع الدعوى الى الالزام بالقدر المعلوم . وقد عرفت أنه ليس سماعاً للدعوى المجهولة من حيث أنها مجهولة ، أي في ذلك الوصف العنواني .

والقول بأن الامر قد يدور بين المتباينين كالثوب والفرس فيترتب على سماع دعوى ذلك الحكم باشتغال ذمته به واقعاً المقتضي للاحتياط. قد عرفت مافيه من أن دعوى الاعيان على تقدير سماعها انما تؤثر في الغرامة لافي دفع العين ، فيندرج تحت الاقل والاكثر المتداخلين

ولوفرض تعلق الدعوى بأحد العينين الموجودتين حتى لايرجع الى التغريم، فالاحتياط فيه أيضاً لايرجع الى محصل. اذ لااحتياط للحاكم في الحكم بدفع المتباينين تحصيلا للبراءة. لانه اعطاء للمال على غير مستحقه قطعاً ولاللمحكوم له في أخذهما . بل هو مخالف للاحتياط في حقه .

نعم الاحتياط في تكليف المحكوم عليه يقتضي الصلح أو ارضاء المحكوم له ولو بدفعهما ، لكنه احتياط لايلزم عليه بسبب الحكم . بل يدور مدار علمه باشتغال الذمة وجهله به . سواء حكم الحاكم باشتغال الذمة أم لا .

[سماع الدعوى على الغائب]

ومما يدل على أن المجهول على نحو اجماله لايقبل الالزام استثناء القائلين بسماع دعوى المجهول الدعوى على الغائب كالعلامة والمحقق . اذ لايتفاوت بناءاً على ماذكر بين الدعوى على الحاضر أوالغائب . فهذا الاستثناء دليل على

أن فائدة سماع الدعوى أمر وراء الالزام بالمجهول ، كاحتمال اقرار المدعي أو نحو ذلك مما يتبين به الحال بغير حكم الحاكم ــ فافهم .

ومما ذكرنا ظهر أنه لافرق بين الدعوى المجهولة من جميع الجهات ــ كدعوى شيء متمول ــ أومن بعض الوجود ، ولابين دعوى الدين أوالعين . فان التحقيق في الكل عدم السماع في ذلك العنوان المجهول بوصف المجهولية مالم يأخذ المدعي بالقدر المتيقن منه في تحرير الدعوى .

فان قلت : عدم صلاحية المجهول للحكم لايقتضي عدم وجوب السماع لما يترتب عليه من بعض الفوائد كالاقرار ونحوه ، فيجب على القاضي السماع رجاءاً لاخراج الحق ولو بغير الحكم كالاقرار .

قلت : وجوب السماع مقدمة لما هو الغرض من تشريع الحكم ، وذلك الغرض ليس سوى الالزام بالمدعى به على تقدير البينة أو الحلف ، وأما رجاء الاقرار فهو من قبيل الفوائد المترتبة على السماع أحياناً كترتبها على مكالمة غير الحاكم مع المدعى عليه من المؤمنين المحسنين المصلحين .

والحاصل انه لما علم أن الغرض من نصب الحكام أمر وراء مايعم جميع الناس ــ وهو الالزام بالحق بموازين القضاء ــ فلاجرم يختص وجوب سماع الدعوى بما اذا احتمل حصول هذا الغرض ، فمع امتناع حصوله لو أوجبنا أيضاً السماع كان قد أوجبنا المقدمة مع تعذر ذيها ، وهو كما ترى .

فان قلت : لانسلم انحصار غرض الشرع في الالزام ، بل نقول ان الغرض هو اخراج الحق بأي وجه كان حتى بالاقرار ونحوه ، فيجب السماع حيث يحتمل حصول الغرض على بعض الوجود .

قلت : الدعوى والاستعداء اللذين هما بابان من أبواب الفقه : الاول عبارة عن ادعاء حق يتضمن لانكار المدعى عليه ، لان الدعوى هو الشكوى ، ومجرد

الاخبار بحق على الغير دون اظهار انكار الخصم ولوفي ضمن « لاادري » ليس يصدق عليه الشكوى . والثاني عبارة عن قبول الشكوى ، ومن الواضح أن قبول الشكوى لامعنى له الاالالزام على المشتكى عنه بما به الشكوى لااحضاره لرجاء اقراره .

ومن هنا يظهر أن الحكم المستندالى اقرارالخصم ليس استعداءاً من الحاكم حقيقة ، كما أن الالزام على المقر المماطل بالاداء ليس قضاء أصطلحاً بل أمراً بالمعروف أو سياسة من السياسات .

[النقاش في سماع دعوى المجهول]

ومن جميع ماذكرنا ظهر فساد مااستدل به على السماع تارة بالعمومات وأخرى بالقياس الى الوصية بالمجهول أوالاقرار به فانهما جائزان ، وينفذ الاول فيما هو القدر المعلوم من محتملاته ، ويلزم الثاني بالتفصيل .

وجه فساد الاول ان العمومات انماتنهض فيمايترتب فيه على السماع غرض تشريع الحكم وهو الالزام . وقد ظهر أنه لايترتب على سماع دعوى المجهول مالم يرجع الى دعوى القدر المتيقن ، ووجه فساد الثاني أن الوصية بالمجهول انماصحت باطلاق أدلة الوصية بعدمعلومية صدقهاعليها وعدم المانع ،والمفروض في المقام عدم شمول الادلة للدعاوي المجهولة الغيرالنافعة الا في القدر المتيقن ، وكذا الاقرار بالمجهول . فانه لافرق بينه وبين الاقرار بالمعلوم في كون كل منهما قابلا للالزام ولو بعد الاستفصال . ومن الواضح أن الاستفصال من المنكر غير معقول بخلاف الاستفصال من المقر .

وماذكره الشهيد الثاني في الروضة والمسالك من أنه فرق اعتباري لايصلح منشأ للحكم الشرعي . يدفعه أن المنشأ للحكم ـ أعني قبول الاقرار بالمجهول

وعدم قبول دعوى المجهول ـ ما ذكرنا من نهوض أدلـة الاقرار بعـد امكان الاستفصال في القبول وعدم نهوض أدلة السماع .

ومن الفرق المزبور يعلـم أن دعوى الاقرار بالمجهول أوالوصية به أيضاً غيرمسموعتين ، لامتناع الاستفصال هنا أيضاً وان أمكن في نفس الاقرار . لكن في المسالك نفى الخلاف في سماعهما ، ولعل المراد به السماع في القدر المتيقن ، وان كان بعيداً لعدم الفرق حينئذ بين هاتين الدعويين وغيرهمـا من الدعاوي المجهولـة .

ويمكن أن يقال : ان الاقرار بالمجهول لما كان حكمه شرعـاً الاستفصال وجب سماع دعواه لترتب الفائدة على السماع حينئذ ، وهو الاستفصال . وفيه تـأمل ، لان المنكر للاقـرار كيف يؤمر بالتفصيل مع انكاره ، وان صح صح الاستفصال في دعوى المجهول أيضاً .

والحاصل ان الاستفصال من خواص الاقرار فلا يعم الانكار وان كان غير معتبر محجوجاً عليه بالبينة ، سواء كان المنكر هو الحق المجهول أو الاقرار بحق مجهول . وكذلك الكلام في دعوى الاقرار المجهول فانـه مثل دعوى الاقرار بالمجهول .

ولعله لماذكرنا من التوجيه والتأمل تردد الشهيد مع قوله بعدسماع الدعوى المجهولة في سماع دعوى الاقرار بالمجهول ، وذكر فيه الوجهان .

ثم انه بناءاً على ماذكر من عدم سماع دعوى المجهول لو ادعى دعوى مجهولة فللحاكم تلقينه صورة الدعوى بما يرجع الدعوى الى التعيين ، كادعاء القدر المتيقن لو كان المدعى به ديناً ولو كان عيناً فيلقنه الحاكم بأنه على تقدير الثبوت لاسبيل لك الى عين المال ، بناءاً على ماتقـدم في مسألة الغصب من أن دعوى الاعيان لاتؤثر مع انكار المدعى عليه الا في الغرامة بل لك أن تغرمه بالقيمة ،

ثم يلقنه صورة ترجع الى التعيين . فلوكان المدعى به أحد العينين الموجودين سقطت الدعوى رأساً، اذ لاثمرة لسماعها أصلا. والقائلون بالسماع لايظن أنهم يقولون به في هذه الصورة ، خصوصاً بعد ملاحظة بعضهم لوجوب اخراج الحق ، ضرورة عدم تصورالاخراج في هذه الصورة .

ودعوى ايجاب السماع لوجاء الاقرار قد ظهر جوابها .

ومن هنا أمكن أنيكون النزاع فيالسماع لفظياً، لانا لم ننكرأيضاً وجوب السماع باعتبار القدر المتيقن وانما ننكرسماعها من غيرأن يرجع الى التعيين. والظاهرأن القائلين بالسماع أيضاً لايقولون بسماعها الا من جهة مايترتب عليها من رجاء الحكم بالقدر المتيقن . وهوجيد لاغائلة فيه لكنه ليس سماعاً لدعوى المجهول . والثمرة تظهر فيما فرضنا من الصورة التي ليس فيها قدر متيقن . والله العالم .

تنبيهان

[احضار الخصم بالتماس خصمه]

(الاول)ذكرالمحقق وغيره قبل هذه المسألة أنه اذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره اذا كان حاضراً، سواء حررالمدعي الدعوى أولم يحرر.

وفيه اشكال من وجهين :

« أحدهما » ـ أن سماع الدعوى الغيرالمحررة واجابة مدعيها في احضار الخصم ينافي عدم سماع الدعوى المجهولة ، كيف وابهام الاولى اكثرمن ابهام الثانية ، لما في الاولى من الاحتمالات التي لم تسمع الدعوى على تقديربعضها قطعاً ، كاحتمال دعوى غير مشروعة ، بخلاف الثانية فان وجه عـدم سماعها ممحض في ابهام المدعى به .

ويمكن دفعه بأن اجابة المدعي في احضار خصمه غير السماع المنفي في

الدعوى المجهولة ، لاحتمال كونها من السياسات التي قد تجب على الحاكم بنفسها أو مقدمة للدعوى التي سماعهـا من حقوق المدعي . وبعبارة أخرى : وجوب سماع الدعاوي المحررة شيء واجابة المدعي باحضار الخصم لتحرير الدعوى شيء آخر ، فلامنافاة بين عدم الاول لجهل المدعى به ووجوب الثاني سياسة أو مقدمة للتحرير – فتأمل .

« وثانيهما » – انه اذا لم يكن الدعوى محررة لم يعلم شرط وجوب احضار الخصم ، لان وجوبه مقدمة لاستنقاذ حق المدعي أو ايفاء بحقه في سماع الدعوى الصحيحة ، ولايعلم شيء من الامرين قبل التحرير ، والشك في شرط الوجوب يوجب الشك في نفسه .

نعم لو علم من حال المدعي ان له دعوى صحيحة نسلم وجوب الاحضار قبل التحرير ، ولكن كلمات الاصحاب مطلقة .

ويمكن ذبه – مضافاً الى ماعرفت في دفع الاشكال من الوجه الاول – باعمال أصالة الصحة في الدعوى ، فانها مما تتصف بالصحة والفساد ، فيجري فيها الاصل المزبور ، أو بأن وجوب سماع الدعوى الصحيحة انما هو لاستنقاذ حق المدعي المحتمل لا المعلوم . وهذا الاحتمال قائم قبل التحرير أيضاً .

والسر في الموضعين أنه لو بني على عدم التعرض لمقدمات الاستنقاذ الا بعد العلم بثبوت المستنقذ – أعني الحق – لزم تضييع حقوق كثيرة واختلال أمور المسلمين كما لايخفى .

(الثاني) ان عدم وجوب سماع الدعوى المجهولة فيما كان فيه قدر متيقن مبني على مايأتي في المسألة الاتيـة من اشتراط الجزم في الدعوى والا وجب السماع لانها تنحل حينئذ الى دعوى مجزومة بالنسبة الى القدر المتيقن ومشكوكة

بالنسبة الى الزائد ، فتسمع على القول بعدم اشتراط الجزم لكن مع مراعـاة مايأتي من الشروط . والله العالم .

التقـاط

| اعتبار الجزم في الدعوى |

اختلفوا في اعتبار الجزم في الدعوى بعد الاتفاق ظاهراً على عدم وجوب الفحص عن الباطن على الحاكم اذا كانت صورة الدعوى جزمية .

وتوضيح المقال : ان الدعوى الغير الجزمية ـ سواء كانت ظنية أووهمية ـ اما أن يكون للمدعي طريق شرعي اليها كالاصل أوالبينة أم لا . والكلام في كل منها يقع في جهتين : احداهما من حيث الحكم التكليفي ، والاخرى من حيث الحكم الوضعي ـ أعني وجوب السماع على الحاكم واعمال قواعد القضاء .

أما القسم الاول : فالظاهر عدم الاشكال فيه من حيث التكليف ، فلا اثم على من كان له بينة على حق على أحد أوأصل يقتضي ذلك الحق أن يطالبه بذلك الحق ويدعي عليه ولو على سبيل الجزم ، سواء قلنـا ان الدعوى انشاء لايقبل الصدق والكذب أو قلنـا انه اخبار ، أما على الاول فواضح ، وأما على الثاني فلان الكذب هنا مقرون بالمصلحة المجوزة . وهواستنقاذ الحق الذي قام عليه أمارة شرعية .

وأما من حيث الحكم الوضعي فالظاهر أن فيه اشكالا ، بل لايبعد القول بعدم ترتب شيء من الاحكام المترتبـة على الدعاوي عليه ، فلا يجب علـى الحاكم سماعها ، لان الظاهر أن الاخبار بالحق على الغيرمالم يقترن بالجزم والمطالبة لم يصدق عليه الدعوى عرفاً .

فلو قال اني احتمل ديناً لي في ذمة زيـد أو أظن، لم يجب على الحاكم

مايجب عليه في الدعاوي المجزومة لانه لم يدع شيئاً ، وانما أخبر بخبر لافائدة فيه الاظهار الحال ، فلابد للظان ابراز الدعوى بصورة الجزم والمطالبة تحقيقاً لمعنى الدعوى .

ولو اقتصر على مجرد المطالبة ـ بأن يقول المدعي ان لي بينة على اشتغال ذمتك واني مطالب به بمقتضى البينة ـ كفى على الظاهر . فالقول باشتراط الجزم على الدعوى زيادة على المطالبة لايخلو عن اشكال أومنع ، ويمكن تنزيل كلام من اعتبره على المطالبة .

وكيف كان فيجب على الحاكم حينئذ سماع هذه الدعوى، ولو علم بالحال وأنه يدعي عن ظن أو وهم لاعن جزم . والدليل عليه أمور :

(الاول) ان المقتضي للسماع موجود وهو أدلة القضاء ، والمانع وهو عدم ترتب الفائدة على السماع كما في القسم الثاني مفقود .

(والثاني) ان في عدم سماع مثل هذه الدعوى تقاعداً عن احقاق الحقوق الذي هو الغرض من تشريع القضاء كما مر .

(والثالث) فحوى مادل على حلف الامناء فيمااذا ادعوا التلف، فان دعوى المستأمن عدم التلف عليه غالباً أودائماً دعوى غير مجزومة مستند الى عدم العلم أو أصالة العدم .

(والرابع) فحوى خصوص ماورد في الصائغ والقصار والحائك من جواز احلافهم اذا اتهموا ، معللا باحتمال استخراج شيء منهم .

وهذا وسابقه وان لم يكن موردهما مااذا كان الظان هو المدعي بل المنكر ـ وهو المستأمن أو المستأجر ـ لكن الاستدلال بهما من حيث المناط المنقح ، لانه اذا أثر الظن في احلاف المدعي أثر في احلاف المنكر أيضاً لاتحاد المناط ثم يتوجه اليمين على المدعي. ولارد هنا، لاشتراط الجزم في اليمين كماسيأتي،

فان حلف والا فيبنى على القضاء بالنكول، فان قضى به الزم والا فالدعوى توقف.

وأما القسم الثاني : فلا اشكال في أن الحكم التكليفي فيه الحرمة بناءاً على كون الدعوى اخباراً لكونه كذباً ، وماذكرنا من المصلحة غير جارية هنا ، لان المفروض هنا عدم قيام أمارة شرعية على الحق ، فليس له حق ظاهري أو واقعي حتى يجوز الكذب مقدمة لاستنقاذه . ومجرد احتماله الذي لادليل عليه بل الدليل على خلافه ـ وهو الاصل ـ لايصلح مجوزاً له .

وأما الحكم الوضعي ـ أعني سماع الدعوى ـ فمبني على ماأشرنا اليه في الالتقاط السابق من أن الغرض الذي وجب سماع الدعوى لاجله، هو منحصر في الالزام حتى لايجب حيث لايكون للدعوى قابلية ذاتية للالزام أم لا بل متى احتمل احدى الفوائد المترتبة على السماع كاقرار المدعى عليه أو يمينه المسقط لحق الدعوى أو نحوهما مما قد يترتب على سماع الدعوى من الفوائد، وجب السماع مقدمة لها .

فان قلنا بالاول ـ كما لعله الاقوى ـ لم يجب السماع هنا اذا علم الحاكم بأنه يدعي من غير جزم ولا أمارة شرعية ، لاستحالة الحكم لـه على خصمه بما يدعيه ، لان المفروض كونه ممنوعاً في الشرع عن أخذ المدعى به فكيف يتعلق به الحكم ولا أقبل رجاء للاقرار أو الصلح .

هذا ، وقد يستدل على مساواة القسمين بالاخبار المشار اليها الواردة في الصائغ والصانع والحائك ، كخبري بكر بن حبيب في أحدهما قلت لابي عبدالله عليه السلام : أعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه . قال: ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء[1] .

وخبر ابي بصير عنه عليه السلام : لايضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك

---

(١) الوسائل ج ١٣ ب ٢٩ من ابواب الاجارة ح١٦ .

الا أن يكونوا متهمين فيخوفون بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منهم شيئاً[٢]، نظراً الى اطلاقه وعمومه لجميع صور الاتهام التي منها دعوى الخيانة والتفريط، خصوصاً في الرواية الاخيرة، حيث لاشعار ولادلالة فيها على اختصاص الحكم بصورة دعواهم الذهاب والتلف .

الا أن يقال: ان الظاهر من الاستخراج المعلل به الاحلاف كونه على وفق الاصل، بمعنى ثبوت الحق ولو ظاهراً. اذ لا يقال للدعوى المخالفة للاصل وسائر الطرق الشرعية انها استخراج للحق بل تسبب وتوصل الى احداث حق غير ثابت - فتأمل.

وقد يستدل أيضاً على مساواتهما بالوجه الثاني، أعني استلزام الاقتصار في السماع على الدعاوي اليقينية وعدم سماع الدعاوي الظنية والوهمية تضييع حقوق الناس المحترمة . أترى أن دعوى السرقة لو بني فيها على اعتبار الجزم فهل يستخرج مسروق .

ثم ان كلمات الاصحاب في المسألة غير منقحة، من حيث أن بعضها ظاهر في أن الجزم من شروط المدعي لا الدعوى، ومقتضاه الاثم والحرمة في أصل الفرض للدعوى، وأما اشتراط صيغة الدعوى بالجزم فلا، ومقتضاه سماع قوله «أظن» أو «أتوهم» على تقدير الاثم. وظاهر عبارة المحقق العكس - يعني اعتبار الجزم في الصيغة - والحق ما فصلناه .

تنبيهان

[في الظن في الدعوى ومحله]

(الاول) ان ذكر الوهم في مقابل الظن كما في الشرائع وعن القواعد لا يخلو عن شيء . لانه ان أريد بالوهم معناه المعروف - أعني الطرف المرجوح

(١) الوسائل ج١٣ ب٢٩ من ابواب الاجارة ح١١ وفي آخره «فيخوف بالبينة ... ».

ففيه من الطفرة مالايخفى ، أذ ينبغي ذكر الشك أولا ثم ذكر الوهم لانه أقرب الى الظن . وان أريد به الظن ـ كمايراد به الاحتمال الموجود في موارد التهمة فمرجعه الى الظن أيضاً ، فلا وجه للمقابلة .

ويمكن أن يقـال : ان المراد به الظن المسبب عن امـارة كالاحتمال الموجود في موارد التهمة ، فان التهمة عبارة عن الرجحان الحاصل ببعض الامارات ، والمراد بالظن هو مطلق الرجحـان حتى ترجع المقابلة الى مقابلة العام والخاص أويعم الرجحان الحاصل من غير سبب. أويقال :ان المراد بالظن الرجحان القوي وبالوهم الظن الضعيف .

(الثاني) انظاهر كلمات القوم سماع الدعوى الظنية في موضعين :أحدهما دعوى الوارث بحسب مايجده في ديوان أبيه وخطه ، والثاني دعوى الحاكم أوالامام عليه السلام ديناً لمن لاوارث له بمقتضى ديوانه ورسم خطه.فان ظاهرهم عدم الخلاف في احلاف المدعى عليه فيهما والقضاء بالنكول على القول به .

ودعوى تنزيل المسألتين على صورة علم الوارث أوالحاكم بسبب ملاحظة الديـوان لايلائم تعليلهم بعدم رد اليمين الى الوارث والحاكم بعدم علمهما . ولعل الكلام فيهما يأتي .

التقـاط

(في جواب المدعى عليه)

وهو اما اقرار أو انكار أو سكوت . وزاد الاردبيلي وجملة ممن تأخرعنه قسماً رابعاً وهو قوله « لاأدري » ، ووجـه عدم ذكر القدماء له اما مبني على غفلتهم أو ادراجهم اياه في أحد القسمين الاخيرين .

والاول في غاية البعد ، فأما ان الانكارعندهم يعم نفي الواقع ونفي العلم ،

أويقال ان السكوت باعتبار احتمال كونه عن عناد أوجهل يشمل قوله «لاأدري» ، فانه نحو سكوت عن التعرض لما يدعيه المدعي من الحق ، اذ الجواب لابد أن يكون ناظراً الى نفس المدعى به وهو الحق لا الى شيء آخر لم يدعه المدعي ـ أعني العلم ـ فهو بالنسبة الى الدعوى سكوت وان كان غير سكوت بنفسه .

والاول أقرب ، فان الانكار وعدم العلم متساويان في التمرد عن الحق ، وان كان الاول من حيث العلم بعدمه والثاني من حيث عدم العلم بوجوده . وربما يستظهر ذلك أيضاً مما ذكروه في جواب الوارث للمدعي على مورثه بقوله « لاأدري » ، فانهم يجعلونه من انكار الوارث . نعم لايترتب على الجواب بـ« لاأدري » حكم الانكار من الاستحلاف أورد اليمين الااذا ادعي عليه العلم .

وكيف كان فان أقر فالاقرار حجة مستقلة من غير الاحتياج الى ضم الحكم بلاخلاف ولااشكال ، لعموم أدلة الاقرار . قال في الشرائع : أما الاقرار فيلزم اذا كان جائز التصرف ، وهل يحكم به عليه من دون مسألة المدعي ؟ قيل لا ، لانه حق له فلا يستوفى الا بمسألته ـ انتهى .

وقوله « وهل يحكم » الخ ، دليل على ماقلنا من أن الاقرار بنفسه ملزم ، لان المراد بقوله « فيلزم » ان كان الزام خصوص الحاكم بالحكم لم يتأخر ذكر الحكم وشرطه ، وحينئذ فثمرة حكم الحاكم تظهر في بعض ماهو من خواص الحكم ، كحرمة النقض وأمثالها .

[لابد من الحكم بعد البينة لاثبات الدعوى]

وأما البينة ففي المسالك من غير ذكر خلاف :ان الحق لايثبت بمجرد اقامتها، بل لابد معه من حكم الحاكم. ثم قال: والفرق انالبينة منوطة باجتهاد

الحاكم في قبولها وردها وهو غير معلوم بخلاف الاقرار ـ انتهى كلامه حسن مقامـه .

وماذكره من الفرق محل نظر ، لان أدلة حجية البينة مطلقة كأدلة الاقرار ، فلاوجه لتقييدها بضم حكم الحاكم . مع أن الظاهر عدم الاشكال بل عدم خلاف معتد به في ثبوت الموضوعات بها كالحياة والموت والطهارة والنجاسة من غير حكم الحاكم . وكونها أمراً اجتهادياً محتاجاً الى النظر لايوجب عدم نهوضها في اثبات ماقامت عليه من الحق اذا كان أمرها من حيث العدالة وسائر شرائط القبول واضحاً ، فينقل الكلام في البينة التي كانت حجة عند الكل .

والحاصل ان قضيـة مايقضى به حجية البينـة وكونها امارة شرعيـة الى الموضوعات ثبوت الحق بمجرد قيامها كالاقرار ، فلاوجه لاعتبار حكم الحاكم. ومقتضى ذلك الزام كل أحد للمدعى عليه بالحق بمجرد سماع البينة المقبولة عند السامع وترتيب آثار ثبوت ذلك الحق سواء كان ذلك الحق عيناً أو ديناً .

الا أنه قد يقال : ان ترتيب الغير آثار البينة من حيث ثبوت الحق فصل عملي للخصومة . وقد ثبت أن فصل الخصومة بجميع أنحائـه من خصائص الحاكم . توضيح المقام : انه اذا قامت البينة على اشتغال ذمة المدعى عليه مثلا فترتب الاثار عليه والجري على طبقه والالتزام بحجيته للكل في نفسه قبل الحكم عبارة عن جواز أخذ الحق عنه واعطائه المدعي أوقبول المصالحة من المدعي على ذلك الحق أو التقاص من أمواله أو أخذ شيء منه سرقة واعطائه المدعي أونحو ذلك مما يرجع الى تنزيل ذلك الدين المدعى به أوالعين منزلة حقوق المدعي وأمواله .

ولاريب أن ذلك فصل للخصومة بينهما عملا وان لم يكن حكماً مصطلحاً،

ولذا يصح صدور الحكم من الحاكم على تقدير كونها حجة مستقلة أيضاً وفصلها شأن الحاكم ليس الا .

ودعوى أن حجية البينة في ثبوت الحق مرجعها الى كونهـا بمنزلة العلم بالحق ، فكما أن العالم اذا عمل بمقتضى علمه وعمل مع ذلك الحق معاملة حق المدعي ، لم يكن ذلك منافياً لما ثبت من اختصاص القضاء بالحاكم ، اذ لايقال له انه فاصل للخصومة، بل عامل بمقتضى ماعلمه من ثبوت ذلك الحق ، كذلك من قامت عنده البينة اذا رتب عليها الآثار لم يكن فاصلا للخصومة .

مدفوعة بأن المراد بالفصل ليس هو الحكم المصطلح حتى يقال ان العمل بمقتضى العلم أو البينة ليس فصلا لها، بل المراد ماعرفت من مجرد تطبيق العمل على وفق حقية المدعي ولو سراً من غير التعرض للمدعى عليه ظاهراً . ولاريب أنه مداخلة بين الخصمين من حيث ثبوت الحق وعدمه ونحو فصل عملي للخصومة.

فان قلت : ينبغي حينئذ أن لايجوز للعالم أيضاً العمل بمقتضى ماعلمه من ثبوت الحق للمدعي نظراً الى اختصاص جميع انحاء الفصل بالحاكم .

قلنا :اعتبار العلم في ترتيب آثار المعلوم عقلي لايقبل التخصيص ، بخلاف اعتبار البينة . فانه لما كان ثابتاً من الشرع أمكن تخصيصها بغير الحقوق نظراً الى ماإستفيد من أدلة القضاء من اختصاص الفصل بالقضاة .

ومن هنا يعلم أن ترتيب سائر آثار ماقامت عليه البينة غير جهة كونه حقاً للمدعي مما يرجع الى تكاليف المرتب نفسه لامانع منه . فلو قامت البينة مثلا على نجاسة المبيع قبل حكم الحاكم بها وجب على من سمعها الاجتناب عنه وعن ملاقيه. فان ترتيب هذا الاثر غير مرتبط بمسألة الفصل فيجوز. وانما المرتبط به ترتيب أثرها من حيث فساد البيع وكون ثمنها ملكاً للمشتري وجواز أخذه من البائع سرقة مثلا ودفعه الى المشتري .

[موضع حجية البينة]

والحاصل ان البينة حجة اذا لم تستلزم ثبوت حق على الغير وان استلزمت ثبوت حق على العامل بها . كما لو شهد عند الوارث بينة على اشتغال ذمة أبيه بدين مثلا فيجب على الوارث وفاؤه لعدم الخصومة هنا ، وأما معها ـ كما لو شهدت على عين في يد زيـد مثلا ـ لم يثبت كونها للمدعي وان لم يكن زيد منكراً ، لان حجيتها في اثبات شيء على الغير موقوفة على ضم حكم الحاكم ، فحالها حال اليمين في كونها ميزاناً للحاكم لا لغيره ، ويتفارقان من جهة حجية الاول في غير مقام الخصومة دون الثاني .

فان قلت : لا دليل على اختصاص مطلق فصل الخصومة حتى العملي منها بالحاكم . لان أدلة القضاء وردت في الفصل القولي لا في مطلق الفصل .

قلت : يستفاد من مجموعها ـ ولو بملاحظة كونه من شعب الرئاسة المطلقة ـ أن المداخلة في أمر المتخاصمين من الجهة التي وقعت فيها الخصومة ـ أعني الحق وقطع النزاع ظاهرا وباطناً وبأي وجه كان ـ مختص بالحاكم .

ومما ذكرنـا ظهر أنه كما لا يجوز الالتزام بآثار البينة سرا كذلك لا يجوز جهراً ، بأن يتعرض للمنكر ويلزمه بدفع الحق كما هو شأن الحاكم . بيانه : ان حجية البينة في اثبات الحـق من غير انضمام الحكم اليه لهـا مراتب ثلاث : احداها جواز ترتيب آثاره الراجعة الى تكليف المرتب مدعيـاً وغيره دون الراجعة الى نفس الحق نفياً واثباتاً ، وثانيتها ترتيب جميع الآثار حتى ما يرجع الى ثبوت الحق لكن سرا من غير مزاحمة للمنكر في تكليفه كما هو شأن الحاكم خاصة ، وثالثتهـا الترتب مطلقاً سرا وجهارا . والثابت من وجود حجيتها هو الاول دون الاخيرين .

ثم ان ماذكرنا وجه مخرج لقول الاكثر بعدم حجية البينة الا مع الحكم ، وصحته أوسقمه يحتاج الى مزيد تأمل في كلمات العلماء وأخبار البينة والقضاء .

[الاقرار سبب لالزام المقر بما أقر به]

هذا كله في البينة ، وأما الاقرار فلاشبهة في أنه ليس بحجة في ترتيب الاثار الراجعة الى تكليف من سمع الاقرار ، لانه ليس طريقاً شرعياً الى اثبات الموضوعات ونفيها كسائر الامارات والطرق وانما هوسبب الزام المقر بما أقر به ، لانقوله عليه السلام «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» لايدل على أزيد مما ذكرنا ، سواء كان الظرف متعلقاً بالاقرار أو بالجائز . وانما الكلام في سببيته للالزام هل هي مشروطة بانضمام حكم الحاكم نحو حجية البينه أم لا ، وعلى الثاني فهل المراد بالالزام ترتيب آثار ثبوت الحق سراً خاصة بحيث لايزاحم المقر الراجع عن اقراره في ظاهر تكليفه أو مايعم الالزام الظاهري الذي يرد على تكليفه في الظاهر ، كما هومن خواص القضاء الاصطلاحي ، فانه على ماسبق في صدر الباب عبارة عن الزام الشخص بما لا يقتضيه تكليفه ، عكس الامر بالمعروف .

توضيح المطلب : ان المقر اذا نكل ورجع عن اقراره وادعى شبهة داعية له الى الاقرار الصادر ، فمقتضى القاعدة عدم مزاحمته فيما يراه بعد الانكار من تكليفه ، خصوصاً اذاعلم منه الصدق في دعوى الشبهة وانه كان مشتبهاً في الاقرار الصادر منه ، لان هذه المزاحمة لاتنهض باثباتها أدلة الامر بالمعروف ولاغيرها من سائر الادلة الاماقد يتوهم استفادته من أدلة الاقرار من أن نفوذه ومضيه عبارة عن قهر المقر والزامه بما أقر ، وان علمنا منه الشبهة في نفس الاقرار اذا كان أصل ثبوت المقر به محتملا ، فلابد من النظر في القدر المستفاد من مثل قوله

« اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » فهل هو الالزام بحيث لايحصل المزاحمة له في تكليفه، وحاصله الزامه في أصل ثبوت الحق واقعاً وجواز التقاص من أمواله سراً أو نحو ذلك مما يرجع الى ثمرات اشتغال ذمته الواقعي اذا كان المدعى به ديناً مثلا ، أو الالزام مع المزاحمة المزبورة كما هو شأن الحاكم ، فنقول :

قد عرفت ان الالزام على خلاف مايقتضيه تكليف الشخص أمر من شعب الرياسة المختصة بالامام عليه السلام ونوابه ـ أعني الحكام ـ فيكون معنى جواز الاقرار ونفوذه حينئذ هو المعنى الاول .

فان قلت : هذا المعنى أيضاً غير لائق الا بحال الحاكم ، كما مر في وجه عدم حجية البينة ، لانه أيضاً فصل عملي للخصومة ، والمستفاد من أدلة القضاء اختصاص جميع انحاء الفصل بالحاكم كما قلت .

قلت : نعم لكن وزان قولهم « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » غير وزان قوله « البينة حجة » مثلا ، فان الظاهر المتبادر من الاول ـ لو لم نقل به الالتزام على خلاف مايقتضيه التكليف الذي هو وظيفة الحاكم ، فلا أقل من القول بكونه الالزام في أصل ثبوت الحق من حيث أنه حق على المقر . وحينئذ فيخصص به مااستظهرنا من أدلة القضاء من اختصاص جميع أقسام الفصل بالحاكم ، وانما لم نقل بذلك في البينة بل قلنا بأن هذه الادلة بملاحظة هذا الاستظهار تخصص أدلة حجية البينة بغير مااذا تضمنت حقاً على الغير باعتبار كون هذه الادلة أخص من أدلة البينة ـ فافهم .

وأما اليمين فالظاهر أنه حجة من غير ضم حكم الحاكم بالبراءة ، فاذا حلف المنكر عند الحاكم ذهب حلفه بما فيه ، فلا يجوز تعرضه لاللمدعي ولا لمن يعلم بكذبه الاعلى تقدير جواز تعرضه بعد الحكم أيضاً . والحاصل ان اليمين

قبل صدور الحكم وبعده على حد سواء ، لعموم أدلته واطلاقها على وجه لا يتأمل في عدم اشتراطها بصدور الحكم ، فراجع اليه وتأمل .

[مسائل من أحكام الاقرار]

بقي أشياء :

(الاول) انه اذا قيل بأن البينة يثبت به الحق قبل الحكم كالاقرار ، فهل يعتبر فيه مايعتبر في مستند الحاكم من الشرائط أم لا .

بيانه : انه يعتبر في البينة التي هي ميزان للحاكم أمور اتفاقية وأمور خلافية ، ومن الاول أن تكون البينة القائمة على الحق حياً عند تحرير الدعوى ، فلا يجوز له الحكم بمقتضى البينة التي ماتت قبل المرافعة وأن لا يكون اقامة الشهادة منهم قبل سؤال الحاكم وغير ذلك من الشروط الاتية . ومن الثاني أن لا يطرأ الفسق مابين الاقامة والحكم . فلو فسق بعدها لم يحكم بسببها على الخلاف الاتي انشاء الله . وحينئذ فلابـد من التأمل في أن هذه الشروط هل هي معتبرة فيها على القول بعدم الحاجة الى حكم الحاكم أيضاً أم لا .

والثمرة بينهما واضحة : فعلى الاول لا يجوز ترتيب آثار البينة التي اقامت الشهادة قبل سؤال السامع المرتب ، وكذا اذا كانا ميتين . فانه اذا لم يكن قد رتب الاثار حين سماعها مالم يكن له الترتيب بعد الممات على هذا التقدير ، وهكذا الى سائر الشرائط . وعلى الثاني يجوز ترتيب الاثار بمجرد قيام البينة على أي وجه كان ، ولاريب أن مقتضى اطلاق أدلة البينة عدم مراعاة تلك الشروط رأساً .

ومثل هذا القول هو النظر الى اطلاق أدلتها ، فلابد لمن يقول به أن يلتزم بحجيتها مطلقاً . وحينئذ فيشكل الامر في كثير من فروعات هذا القول . مثل ما اذا علم الحاكم بالبينة وماتت قبل المرافعة ، فانه بمقتضى ما اتفقوا عليه ظاهراً

من عـدم جواز الحكم بالبينة السابقة أن يكون وظيفة الحاكم حينئذ احلاف المنكر الذي علم بقيام البينة على اشتغال ذمته . ومقتضى القول بحجية البينة مطلقاً من غير انضمام الحكم اليه أن يجوز له ترتيب آثار الاشتغال ، وهذا أيضاً مما يفصح بفساد القول المزبور ـ الى غير ذلك مما يتفـرع عليه من غوامض المسائل ومشكلات الفروع .

(الثاني) ان الفتوى في الشبهات الحكمية مثل الاقرار في الشبهات الموضوعية، فكما أن الاقرار حجة قبل لحـوق الحكم كذلك الفتوى في المرافعـات التي منشأها الاشتباه في الحكم الشرعي ، بمعنى أن ماعند كل شخص من المدعي وغيره من الفتوى أو الاجتهاد يجوز له العمل سراً وترتيب آثاره باطناً من غير ترقب صدور الحكم على طبقه . وهذا من فروع ماأشرنا اليه في مسألة النقض .

(الثالث) ان فائدة الاقرار في المال قد تتوقف على اعمال بعض الاصول العملية كما لو أقر بدين في الماضي، أواعمال بعض الاصول اللفظية كما لو أقر بلفظ محتمل لخلاف المقصود وظاهر فيه .

ولا اشكال في أن الحاكم يجري الاصلين ويأخذه باقراره حالا في الاول وعلى حسب مايقتضيه ظاهر لفظ الاقرار في الثاني . وأما غير الحاكم ففي الاقتصار على الالزام به من غير اعمال الاصل مطلقاً فيلزمه بدين الماضي في الماضي اذا كان هناك فائدة مترتبة على الاشتغال في الماضي دون الحال في الاول، وبالقدر المتيقن من مدلول لفظ الاقرار لو كان هناك قدر متيقن يترتب على الالزام بـه فائدة في الثاني . أوالالزام مع اعمال الاصل مطلقاً. أوالتفصيل بين الاصل العملي فالاول واللفظي فالثاني ، وجوه :

«وجه الاول» ـ ان البينة أقوى الطرق الشرعية، ولذا لايعارضها شيء منها، وبعد ماعرفت أنها ليست حجة اذا تضمنت حقاً على الغير الا للحاكم فما عداها

بطريق أولى ، بل الوجه المذكور في عدم حجيتها بعينه يجري في غيرها .

والحاصل ان الطرق الشرعية غير الاقرار الذي فائدته الالزام خاصة كما ظهر ملغاة في اثبات الحق على الغير الا للحاكم ، لما استفدنا من أدلة القضاء من اختصاص جميع انحاء الفصل بالحاكم سوى الاقرار، فاذا لم ينهض الاقرار باثبات الحق الابضميمة غيره من سائر الطرق كان العمل به أيضاً من خصائص المجتهد ، لان المستند اليه حينئذ حقيقة هو ذلك الطريق دون الاقرار بنفسه .

« ووجه الثاني » ـ أنه فرق بين الاصول وسائر الطرق التعبدية ، لان العمل بالاصول أمر مركوز في أذهان العقلاء ، وتعبد الشرع بها يرجع الى نحو من الامضاء . وبعدملاحظة بنائهم على العمل بهايكون الاقرار بالماضي مثلا اقراراً بالحال وبالظاهر اقراراً بالنص.فيلزم بهما بمقتضىقوله عليه السلام « اقرارالعقلاء على أنفسهم جائز » .

« ووجه الثالث » ـ أن الاصول العملية لوسلم كون العمل بها مركوزاً في أذهان العقلاء فليست محققة لموضوع الاقرار بما يقتضيها ، بل انما هي سبب آخر للالزام بالحق في عرض الاقرار ، فالاقرار سبب للالزام في نفسه والاصل المسبوق به سبب آخر له عند العقلاء من غير أن يرجع الى الاقرار بحيث يندرج تحت اسمه .

كيف والمفروض أن المنكر غير معترف باشتغال ذمته الفعلي ، ومع عدم الاعتراف به كيف يصدق عليه أنه مقر وان كان عدم اعترافه غير مسموع عند العقلاء بل محجوجاً عليه بالاستصحاب .

وهذا بخلاف الاصول اللفظية ، فانها محققة لموضوع الاقرار، فان مجاري الاخبارات على الظواهر اللفظية ، فليس الالزام بما يقتضيه ظاهر اللفظ الزاماً بشيء آخر غير الاقرار حتى يندرج تحت الاصل الذي أصلنا من عدم نهوض

الطرق الواقعية في اثبات الحق سوى الاقرار .

وقد يناقش فيه : بأن قضية قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» الالزام بما علم أنه أقر به ، وأما الالزام بما ظن أنه أقر به فلابد فيه من التماس دليل آخر ، كما قلنا نظير ذلك في رد من تمسك بحديث الثقلين على حجية ظواهر الكتاب والسنة ، فان كان ذلك الدليل هو بناء العقلاء ، فيرد عليه حينئذ ماأشرنا اليه في تأسيس الاصل المزبور من أن أدلة القضاء مخصصة للظنون المعتبرة بغير ماتضمنت حقاً على الغير ، لانه لايترتب على بناء العقلاء على العمل بالظن اللفظي سوى حجيته في غير مقام اثبات حق على الغير بالنسبة الى خصوص الآثار الراجعة الى ثبوت الحق من حيث أنه حق لا من حيثيات أخرى راجعة الى تكليف الشخص كما مر .

الأن يقال : ان الاقرار يشمل القسمين القطعي والظني ، فالدليل على الالزام بمقتضى الاقرار الظني أيضاً هو قوله عليه السلام « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ، ويستند في شموله للقسمين الى بناء العقلاء ، على أن الاخبار بلفظ ظاهر في ثبوت الحق اقرار به .

وليس المقام نظير التمسك بحديث الثقلين على حجية ظواهر القرآن ، لان ظواهر القرآن ان لم يثبت حجيتها فلاينفع فيها حديث الثقلين ، وان ثبتت حجيتها ببناء العقلاء استغني عن الحديث بل لايبقى له معنى سوى الارشاد مثل أوامر الاطاعة . بخلاف مانحن فيه ، لانه بعد ثبوت حجية الظواهر يتحقق موضوع الاقرار . وأما جواز الالزام به بعد الصدق فنحتاج فيه أيضاً الى أدلة الاقرار ، لما عرفت من أن أدلة حجية الطرق لاتنفع في المقام سوى دليل الاقرار ، فنحن نثبت أولا صدق الاقرار على مايدل عليه ظاهر لفظ الاقرار لبناء العقلاء على حجية الظواهر ثم نستدل على نفوذه بأدلة الاقرار ـ فافهم .

(الرابع) هل يجوز الحكم بعدالاقرار قبل التماس المدعي أم لا ، ومبنى المسألة أحد أمور :

الاول ـ انه لوقلنا بكون الحكم حقاً للمدعي لم يجز قبل مطالبته كما أشار اليه المحقق ، وان قلنـا انه تكليف محض على الحاكم يرجع الى نحو الامر بالمعروف ، وان لم يكن منه حقيقة فيجوز .

وانما قيدنا التكليف بكونه محضاً لانه لو كان فيه جهة الحقية أيضاً توقف على مطالبة صاحب الحق أيضاً . ومن هنا يعلم ضعف هذا المبنى . لان الظاهر عدم كونه تكليفاً محضاً للحاكم وان لم يكن حقاً محضاً أيضاً ، نظرا الى كون احقاق الحق وكذا رفع الظلم عن الشخص واجباً شرعاً مع توقفه على رضى المظلـوم .

الثاني ـ انه لاشبهة في كونه حقاً ، وانما الكلام في أن حقيته انما يتحقق بعد الالتماس ، كوجوب اقامة الشهادة واستحباب اجابة المؤمن فانهما مأتيان بعد السؤال ، او أنه حق قبل الالتماس أيضاً . فعلى الاول لايجوز أي لايترتب عليه الاثر ، وعلى الثاني يجوز لان كونه حقاً لايقضي بعدم جواز أدائه قبل المطالبة ، كما في الدين فان أداءه جائز طالب الدائن أم لا .

الثالث ـ انه لااشكال في أنه حق مطلقاً ، ولكن الاشكال في أنه من الحقوق التي تأخيرهـا أيضاً حق لاربابها ، كالدين المؤجل على أقوى الوجهين ، لان الدائن لـه الامتناع عن أخذ الدين وابقاءه في ذمة المديون قبل بلوغ الاجل ، مع احتمال أن يكون التأجيل محض الترفيه لحال المديون فلا يكون للدائن الامتناع أملا . فعلى الاول لايجوز ، لان حتمية الشيء اذا كانت بيد ذي الحق فعلا وتركاً لم يجز أداؤه قبل المطالبة . والاجاز وان لم يجز مع المنع لان كون الشيء حقاً لايقضي بتوقف أدائه على المطالبة مطلقاً ، لان الاذن النوعي الموجود

في نوع ذوي الحقـوق يكفي في المطالبـة . نعم اذا منع كان ذلك في حكم الاسقاط عن الحكم ـ فتأمل .

الرابع ـ انه لااشكال في كونه من الحقوق التي فعلها حق وتركها أيضاً حق، وأنه يتوقف على رضاء صاحب الحق ومطالبته ، وانما الكلام في اكتفاء شهادة الحال في الاذن والمطالبة وعدمه أو في وجود شهادة الحال وعدمها ، وأوجه الامور ثالثها .

التقـاط

(في دعوى المدعى عليه الاعسار)

قال في الشرائع بعد ذكر أقسام الجواب وبعض مايجري في مجلس المرافعة وأحكامها : ولو ادعى الاعسار كشف عن حاله . فان استبان فقره أنظره ، وفي تسليمه الى غرمائه ليستعملوه أو يواجروه روايتان ، أشهرهما الانظار حتى يوسر، وهل يحبس حتى يتبين حاله ؟ فيه تفصيل ذكر في باب المفلس .

وفي هذه العبارة اجمال واغلاق، لان المراد بكشف الحال يحتمل أن يكون الكشف الشرعي بمطالبة البينة أو الاقرار وأن يكون الكشف الحقيقي بالفحص والتجسس من المطلعين على حقيقة الحال .

وعلى الاول يكون المراد بعـدم تبين الحال الذي يدل عليه قوله أخيراً « وهل يحبس حتى يتبين الحال » عدم البينة والاقرار . وبالتفصيل المذكور في باب المفلس ماذكره هناك من الحبس مع وجود مال ظاهر بيده وعدم الحبس مع عدم وجوده .

وعلى الثاني يكون المراد بعدم تبين الحال عدم انكشاف الحال بالفحص

وبالتفصيل المزبور هناك في قواعد القضاء من مطالبة البينة والاستحلاف وغيرهما مما ذكره هناك .

وظاهر عبارة المسالك ينطبق على الاخير كما يظهر للمتأمل، كما أن عبارة الفاضل في القواعد صريحة أيضاً في ذلك ، حيث فرض البحث مع جهل الحال بعد فقد البينة والاقرار ، فان البحث بعد فقدهما لامعنى له سوى الانكشاف الحقيقي . وحينئذ فيشكل على عبارة الشرائع هذه ، حيث أوجب أولا كشف الحال بالفحص ثم استعمال البينة وسائر موازين القضاء ، اذ ليس في الدعاوي مايكون حاله كذلك ، بأن يوقف الاستحلاف أوطلب البينة حتى يتفحص الحاكم عن حقيقة الحال . الا أن يقال : ان الاعسار من الموضوعات التي يتوقف استعمال الاصل فيها حتى يتفحص ـ فتأمل .

ثم أن في العبارة اجمالا آخر ، من حيث أنه لم يعلم أن مفروض الكلام دعوى الاعسار قبل الحكم بعد ثبوت الحق أو بعد الحكم ، وان كان ظاهر المسالك هو الاخير ـ فراجع وتأمل .

[هل يحتاج في اثبات الاعسار الى اليمين ؟]

ثم ان مسألة دعوى الاعسار كلمات الاصحاب فيها مضطربة من حيث الاحتياج الى اليمين بعد اقامة البينة وعدمه ، ففي الشرائع في باب المفلس : ان المعسر ان أقام البينة على تلف المال الذي كان بيده لم يحتج الى اليمين ، وان أقامها على مطلق الاعسار فللغرماء احلافه . وفي موضع من محكي التذكرة عكس ذلك ، وفي موضع آخر منه أنه لايمين في الموضعين .

ولنكشف الحال في المسألة بعد ذكر مقدمة يتبين بها المدعي من المنكر في مسألة الاعسار :

اعلم أن الاعسار أمروجودي ينشأ دائماً من عدم المال، لانه عبارة عن نحو ضيق في المعيشة وسوء حال في المعاش ، نظير الفقر والفاقة ، فان الفقر عبارة عن الاحتياج الذي هوأمروجودي ، ومنشأوه عدم المكنة والثروة وفقدان المال.

ودعوى أن مفهوم العسر عين ذلك المفهوم العدمي ـ أعني عدم المال ـ شطط من الكلام يعرف وجهه من ملاحظة افتراقهما كثيراً. فان الانسان قديكون في سعة من أمرمعاشه مع فقدانه المال رأساً ،كواجبي النفقة مثل الولد والزوجة بل العبد أيضاً اذا كان متنعماً بأنواع النعم . فان هؤلاء كثيراً ما لايكونون في العسر والضيق ، سواءكان لهم مال يبذل فيما عليهم من الحقوق كالدين والجناية أم لا .

ودعوى أن هؤلاء اذا لم يستطيعوا أداء ماعليهم من الحقوق فيكونون أولي الاعساربالنسبة الى أداءالحق وان لم يكونوا كذلك بالنسبة الى مؤنة المعاش . مدفوعة بأن مجرد ثبوت الحق في الذمة مع قطع النظر عن مطالبة صاحب الحق ووجوب أدائه شرعاً ليس مما يصدق به الاعسار العرفي، وكلامنا في تشخيص المعسر الذي يبحث عن جواز مطالبته وعدمه . وهذا الاعسار لايعقل أن يكون تحققه بعد المطالبة ووجوب الاداء ، لان الشيء اذاكان مقدماً على شيء آخر في المرتبة امتنع أن يكون ذلك الشيء المقدم من أحكام ذلك الشيء المؤخر. وهنا لما فرضنا أن للمطالبة مدخلية في تحقق الاعساركانت مقدمة عليه طبعاً ، فيمتنع أن تكون من أحكامه وجوداً وعدماً .

والحاصل ان غرضنا تشخيص الاعسار الذي نتكلم في جواز المطالبة وعدمها معه وبيان مورد افتراقه عن ذلك المفهوم العدمي - أعني عدم المال ـ لابيان مطلق الاعسار حتى مايمتنع أن تكون المطالبة وجوداً وعدماً من أحكامه

كالاعسار الذي يتحقق موضوعه بعدالمطالبة ، وهذا هو الذي لايفارق عدم المال ، وأما الاول فقد عرفت مفارقته عنه .

فان قلت : الحكم هو جواز المطالبة وعدم الجواز لانفس المطالبة ، فلا يمتنع عروضه للاعسار الذي يتوقف على المطالبة حرمة مطالبة المعسر مطلقاً سواء كان معسراً بدون المطالبة أوبعدها .

قلت : نعم لكن ذلك أيضاً لايبطل ماادعيناه من مفارقة عدم المال عن الاعسار ، لانا نفرض من سمعت غير مطالب بدين أو حق ، فان العسر حينئذ غير متحقق مع عدم المال رأساً .

[في مفهوم العسر]

وكيف كان فلاشبهة في أن مفهوم العسر أمر وجودي لكن مع ملاحظة أمر عدمي ، وهو فقدان المكنة الموجودة في صورة اليسار التي يتحقق بسببها مفهومه.

توضيح ذلك : ان اللفظ قد يكون معناه وجودياً محضاً وقد يكون عدمياً كذلك وقد يكون أمراً وجودياً ملحوظاً فيه معنى عدمي . وذلك مثل لفظ «الحد» فانه عبارة عن جزء وجودي لايكون بعده جزء آخر ، ومثل « اللازم» فانه عبارة عن أمر وجودي لاينفك عن وجودي آخر . ومثل « الالزام » فانه عبارة عن أمر وجودي وهو مرتبة خاصة من الطلب مع عدم الرضا بالترك ، ومثل «الحبس» فانه عبارة عن كون الشخص في مكان بحيث لايقدر على الكون في مكان آخر ، ومثل « الشرط » فانه عبارة عن شيء وجودي أوعدمي يلزم من عدمه عدم شيء آخر - الى غير ذلك من الالفاظ الدالة على أمور وجودية مع ملاحظة أمر عدمي ، بحيث لوجرد ذلك الوجودي عن ملاحظة ذلك المعنى العدمي كان اطلاق اللفظ عليه غلطاً ويحتاج الى لفظ آخر .

وما نحن فيه من هذا القبيل ، فان العسر اسم لمرتبة من المكنة بملاحظة فقدانها للمكنة الموجودة في صورة اليسار، لكن مناط الحكم الشرعي ـ وهو حرمة المطالبة ـ الظاهر هو ذلك المفهوم العدمي .

وحاصله : كون اليسار الذي هو عبارة عن مقابل ذلك العدمي شرطاً لجواز المطالبة لاكون الاعسار مانعاً ، وان كان ظاهر صدر قوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »[1] ذلك ، لكن ذيله ظاهر فيما قلناه ، أعني كون اليسار شرطاً للمطالبة وعدم اليسار موضوعاً لحرمة المطالبة دون العسر الذي هو الوجودي. توضيح ذلك :أن معنى الانظار هو الامهال، والامهال أمر عدمي محض وقد علق وجوبه بمقتضى صدر الاية على العسر الذي قد عرفت أنه أمر وجودي ملحوظ فيه أمر عدمي .

وتعليق أمر عدمي على شيء وجودي يدل على مانعيته للوجود ، كما في قوله عليه السلام « اذا بلغ الماء قدر كر لم ينجسه شيء »[2] فان أخذنا بظاهر الصدر لزم الحكم بأن العسر هو المانع عن المطالبة وأنه الموضوع للحكم الشرعي .

لكن لما كان ملاحظة عدم اليسار معتبراً في معنى العسر جاز أن يقال ان : تعليق الامهال على العسر باعتبار كون ذلك المفهوم العدمي الذي هو لازمه سبباً لعدم المطالبة وكون نقيضه الذي هو اليسار شرطاً لجوازها .

وهذا الاحتمال في نفسه خلاف ظاهر الصدر، لكن اذا نظرنا الى نفس الانظار الى حصول الميسرة فيتعين ذلك،لانه صريح في أن الميسرة شرط لجواز المطالبة شرعاً كما أن القدرة شرط التكليف عقلا ، فيكون سبب الحرمة عدم ذلك الشرط لا الامر الوجودي المقارن له ـ أعني الاعسار .

(١) سورة

(٢) الوسائل ج١ ب٩ من ابواب الماء المطلق ح١ بلفظ«اذا كان الماء قدر كر...» .

ومما ذكرنا ظهر مافي كلام من زعم أن العسر مانع عن المطالبة ، وليس عدم المال والمكنة شرطاً وسبباً لحرمة المطالبة . ويتفرع على ذلك أن دعوى الاعسار مطابق للاصل ، لانه في الحقيقة دعوى لامر عدمي ، أعني عدم اليسار على الوجه الذي بينا . وعليه اتفقت كلمات الجل أوالكل ، حيث يعللون يمين المعسر بأنه منكر وبأن الانسان خلق معسراً كما عن الشيخ .

نعم لو بنينا على أن العسر مانع وان حرمة المطالبة متفرع على ثبوت العسر لأن جوازها مشروط باليسار كان مدعى الاعسار مدعياً مخالفاً للاصل .

اذا تمهدت المقدمتان فالكلام في دعوى الاعسار يقع في مقامين : أحدهما دعوى الاعسار بدون العلم بسبق المال ، والثاني دعواه فيما كان هناك مال سابقاً أوكان أصل الدعوى مالا مثل القرض وثمن المتاع .

[دعوى الاعسار بدون العلم بسبق المال]

(أما الاول) فظاهر الجل كالمحقق والعلامة والشهيدين « ره » أنه لو أقام فيه على اعساره بينة خلي سبيله .

قال في الشرائع في باب المفلس: وان لم يكن له مال ظاهر ـ أي للمفلس ـ وادعى الاعسار فان وجد البينة قضى بها وان عدمها وكان قبلا له أصل مال أوكان أصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت اعساره ، واذا شهدت البينة بتلف أمواله قضى بها ولم يكلف اليمين ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره ، أما لو شهدت بالاعسار مطلقاً لم تقبل حتى تكون مطلعة على باطن أموره بالصحبة المؤكدة ، وللغرماء احلافه دفعاً للاحتمال الخفي . ولو لم يعلم له أصل مال وادعى الاعسار قبلت دعواه ولايكلف البينة وللغرماء مطالبته باليمين ـ انتهى موضع الحاجة من كلامه قدس سره .

ودلالته بل صراحته في أن البينة يكتفى بها من مدعي الاعسار مطلقاً حتى فيما لو لم يعلم أصل مال، واضحة بشهادة ترك الاستفصال، لانه أطلق القضاء بالبينة مع وجودها ، وفصل في صورة عدمها بين المقامين في الحبس واليمين .وقريب منه عبارة القواعد .

وأما عبارة الشهيد في اللمعة فيمكن استفادته منها أيضاً، قال فيها : فان ادعى الاعسار وثبت صدقه فيه ببينة مطلعة على باطن أمره أو بتصديق خصمه له أو كان أصل الدعوى بغير مال وحلف ترك .

فان الترديد في عبارة المصنفين غالباً أو دائماً محمول على منع الخلو ، وعلى هذا يكون مقتضاه أن صدق دعوى الاعسار يثبت بالبينة مطلقاً ، سواء كان الدعوى بمال وهو المقام الثاني أو بغير مال كما هو المفروض في المقام الاول .

نعم لو حمل الترديد على منع الجمع لم يدل على كفاية البينة في المقام الاول بل يدل على عدم الكفاية . وأما عبارة الروضة وشرحها فصريحة في قبول البينة حينئذ ، بل بعدم الافتقار الى اليمين بالاولوية . خلاف ماذكره جماعة في صورة سبق المال أو كون الدعوى مالا من جواز احلاف مدعي الاعسار مع اقامة البينة أيضاً .

بل لعل ماصرح به في الروضة من عدم اليمين في المقام الاول مع اقامة البينة يمكن القول بأنه ظاهر الشرائع والقواعد وكل من أطلق القول بكفاية البينة في ثبوت الاعسار ، وحينئذ فيشكل المسألة من جهتين :

(احداهما) ان دعوى الاعسار في المقام الاول — أعني ما اذا لم يعلم له مال سابق ولم يكن أصل الدعوى مالا — ان كانت مطابقة للاصل كما قلنا فلاوجه للاقناع عنه بالبينة ، لان المنكر لايسمع منه البينة ، بمعنى أنه لايكتفى بها ، وان كانت مخالفة للاصل فلاوجه للاكتفاء منه باليمين كما هو صريح الشرائع

وغيره ، لان المدعى لاينفع له اليمين . فأما أن يقال: ان مدعى الاعسارفي هذه الصورة مدعي لكن يطالب باليمين أيضاً استظهاراً ـ كما في غير موضع ـ أو يقال انه منكر ولكن تسمع منه البينة ، على خلاف القاعدة .

(وثانيتهما) ان البينة على الاعسار في المقام الثاني قدصرح بعضهم كالمحقق بأنها لاتغني عن اليمين أيضاً . والفرق بينه وبين المقام الاول غيرواضح ، فلابد لمن يرى جواز الاحلاف مع البينة في المقام الثاني القول بجوازه في المقام الاول أيضاً .

ويمكن الجواب عن الاشكال الاول بوجوه :

« الاول » ـ المنع عن قبول البينة من مدعي الاعسار في المقام الاول ، فان المصرح به قليل مع امكان منع دلالة عبارة المحقق مع تصريحه بعدم مطالبة البينة حينئذ ـ فارجع وتأمل .

« والثاني » ـ ان دعوى الاعسار بعد ثبوت الحق مخالفة لاصالة الاشتغال المقتضية للبراءة ، فيكون مدعيها مدعياً . لان الثابت في ذمته مأمور بالاداء ، فادعاء العسر حينئذ ادعاء للبراءة بعد ثبوت الاشتغال ، فيكون مخالفاً للاصل . وفيه نظر واضح .

« والثالث » ـ ان الاعسار قد عرفت أنه أمر وجودي ملحوظ فيه العدم ، وكل شيء يكون كذلك يمكن مطالبة البينة عليه باعتبار جزئه الوجودي واليمين باعتبار جزئه العدمي .

فان قلت : مطالبة البينة على الجزء الوجودي بعد عدم كونه موضوعاً للحكم الشرعي بل الموضوع هو ذلك الجزء العدمي لاوجه لها .

قلت : لما كان ذلك الجزء الوجودي مسبباً عن ذلك الجزء العدمي كما عرفت كانت البينة عليه مثبتاً لذلك العدم بالملازمة الانية .

وحاصل هذا الوجه أصل، وهو أن المنكر اذا كان قوله ملزوماً لامر وجودي صح منه اقامة البينة ، وانما لم يصح منه ذلك في النفي المحض الذي ليس له أثر وجودي ــ فافهم .

(والرابع) المنع من عدم سماع البينة من المنكر، وانما الفرق بينه وبين المدعي أنه مطالب به بخلافه فانه غير مطالب الا باليمين، ولكن لو أقام البينة لنمنع عدم قبولها منه لعموم أدلتها .

فان قلت : ظاهر قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليميـن على من أنكر »[1] عدم سماع اليمين من المدعي والبينة من المنكر من وجهين : «أحدهما» التفصيل القاطع للشركة ، فلو كان المدعي والمنكر متشاركين في قبول البينة أو اليمين مطلقاً أوفي بعض الموارد كان التفصيل أو اطلاقه لغواً كما لايخفى . « وثانيهما » ان المسند اليه اذا كان محلى باللام أفاد حصره في الخبر ، سواء كان وصفاً كقولك « الامير زيد » أولا كقولك « الكرم في العرب » كما صرح أساطين علم العربية والبيان .

وقد ذكرنا في الاصول أن وجهه دلالة اللام حينئذ على ثبوت جنس المسند اليه في المسند ، وثبوت الجنس لشيء بعد فرض كون المقام مقام البيان يستلزم ثبوت كل فرد ، وثبوت كل فرد في المسند يمنع من ثبوت بعض الافراد لغيره . ويؤيده بل يدل عليه ماورد في تقديم بينة الخارج وعدم قبولها من الذي في يده العين المتنازع فيها .

قلت : ماذكرت من ظهور الرواية في الحصر المانع عن قبول البينة من المنكر مسلم ، لكنا نصرفها عن ظاهرها بقرينتين داخلية وخارجية :

---

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٢ من ابواب كيفية الحكم ، عدة احاديث بلفظ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » .

(أما الاولى) فهي ان الفقرة الاخيرة بعد ورودها عقيب الاولى ـ نظير الامر الوارد عقيب الحظر ـ لايفيد سوى الرخصة . توضيحه : ان مفاد كلمة الاستعلاء في الفقرتين ليس هو الحكم التكليفي كما لايخفى ، لوضوح أن اقامة البينة على المدعي ليس بواجب عليه، بل الحكم الوضعي، وهو اشتراط تحقيق مقالة المدعي باقامة البينة وتحقيق المنكر مقالته باليمين ، ولما كان اقامة البينة كلفة دلت الفقرة الاولى على اشتراط ثبوت قوله بها وعدم كفاية شيء آخر . وأما اليمين فهي وان كانت في نفسها كلفة في مقابل عدمها لكنها في جنب اقامة البينة أمر هين .

ومن الواضح أن سبق مطالبة الامر الاسهل من المنكر بعد ذكر مطالبة الامر الاصعب من المدعي لايكون مؤداه سوى الترفيه والرخصة كالامر بعد الحظر أو توهمه، لاعدم اجزاء الامر الاصعب على تقدير تبرعه به كعدم أجزاء أمر اليمين من المدعي .

ومما يدل على أن اليمين ليست كلفة مع وضوح أن المدعي اذا أريد الترفيه بحاله لعسر اقامة البينة عليه أو لنكتة أخرى سمع قوله باليمين . والحاصل ان الاكتفاء باليمين حقيقة تصديق لقول المكتفى عنه من غير كلفة . وأما مطالبة البينة فهو رد لقول المطالب منه حقيقة، ولذا يقال ان القول قوله بيمينه لا ببينته .

ومن هنا علم أن عدم ذكر البينة مع اليمين مع تساويهما لاجل استهجان ذكر الاثقل مع الاخف ، كالتخيير بين الاقل والاكثر .

ثم لايذهب عليك أن ذلك لايستلزم التخصيص في الفقرة الاولى . لان مفادها حينئذ حصر مطالبة جميع أفراد البينة في المدعي، وهو باق على عمومه ،لاحصر كفاية جميع أفرادها فيه ـ فافهم .

نعم كل مايكتفى فيه من المدعي باليمين فهو تخصيص في الفقرة الاولى ، وكل ما لايكتفى فيه من المنكر فهو تخصيص في الفقرة الثانية . والتخصيص

الاول كثير وأما التخصيص الثاني فهو في الدماء أيضاً ثابت ، وذلك لان ظاهر الفقرتين حصر المدعى في البينة والمنكر في اليمين أيضاً لعين ماذكرنا في حصر البينة في المدعى .

وحاصله : ان المسند المحلى باللام أيضاً يدل على العموم ولو كان للجنس في مقام البيان لقاعدة الحكمة ، فمفاد « البينة على المدعي » أن كل بينة على المدعي وكل مدع عليه البينة. وكذا مفاد « اليمين على المنكر» ، فكل موضع لايكتفى من المنكر باليمين بل يطالب منه البينة فهو تخصيص في الفقرة الاولى باعتبار مدلولهـا بملاحظة تعريف المسند اليه وفي الفقرة الثانية أيضاً باعتبار مدلولها بملاحظة تعريف المسند .

وأما القرينة الخارجية فهي ماورد في الدماء من « ان الله تعالى حكم في دمائكم بغير ماحكم به في أموالكم ، حكم في أموالكم بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وفي دمائكم بأن اليمين على المدعي والبينة على المنكر محافظة للدماء »[1]. وجه كونها قرينة : أن الاجماع قائم على كفاية البينة في دعوى الدم فكذا في الانكار في غير الدماء ، لان المغايرة بينهما انما هي في كون المدعي في الدماء بمنزلة المنكر في غيره ، فالحكم الثابت في دعوى الدماء ثابت في المنكر في غيرها .

وماورد أيضاً من أن الله تعالى أوحى الى نبي من أنبيائه أن احكم بين الناس. فقال: يارب كيف أحكم بمالم يره عيني ولاسمعت أذني؟ فقال : أحكم بالبينات وأضفهم الى اسمي . قال المعصوم عليه السلام : هذا لمن لم يكن له بينة[2] . بناءاً على كون المراد بالموصول المنكر دون المدعي .

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح٣ مع اختلاف في بعض الالفاظ .
(٢) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ح١.

وما رواه أيضاً في العيون في باب العلل من تعليل يمين المنكر بأنه جاحد لايستطيع على اقامة البينة على الجحود[1]. فانه يدل على أن تعيين اليمين للمنكر مبني على الرخصة والترفيه وأنه لو استطاع على اقامة البينة ـ بأن كان انكاره متضمناً لامر وجودي قابل لاقامتها عليه ـ سمع منه ، الا أن الرواية وردت في ابداء الحكمة ، ولكنه لايخلو عن نحو تأييد لما قلنا .

وأما رواية منصور[2] الواردة في تقديم بينة الخارج والمصرحة بعدم قبول البينة من الذي في يده العين ـ أعني المنكر ـ فلا تنهض في منع قبولها في غير صورة المعارضة الذي كلامنا فيه ، لان البحث في أن المنكر هل يسمع منه البينة وهل تكون بينته مغنية عن يمين أم لا مع قطع النظر عن صورة التعارض ؟ فيمكن الالتزام بمضمون الرواية في صورة المعارضة وجعلها دليلا على ترجيح بينة الخارج حتى يكون دليلا على المطلوب ، لان الترجيح فرع كون الطرف المقابل حجة .

ومن هنا يظهر سقوط ماأورده الفاضل في كشف اللثام على مافي القواعد حيث جمع العلامة فيها بين ترجيح بينة الخارج وبين سماع البينة من ذي اليد في صورة عدم المعارضة ، اذ لامنافاة بين عدم القبول في صورة التعارض لرجحان معارضه ذاتاً وبين القول بحجيته بدون التعارض كما لايخفى .

(الخامس) ان تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية ومدخليته في الحكم ، فيستفاد من قوله « اليمين على المنكر » أنه من حيث انكاره وجحوده لايطالب ولايسمع منه سوى اليمين ، فلو كان منكر يتضمن قوله ادعاء أمر وجودي مستلزم عقلا أو عادة لصدق انكاره ـ كما في المقام وكما في صورة الاختلاف في وجه

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ٦ .
(١) الوسائل ج ١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح ٤ .

الاجارة بأن قال الموجر آجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة ـ فلايستفاد منه عدم قبول البينة منه من حيث ادعائه لذلك الامر الوجودي .

ودعوى أنه اذا اشتمل الانكار على ادعاء أمر وجودي كان المنكرمدعياً من جهة وان كان منكراً من جهة انكارد . مدفوعة بأن مجرد تضمن الانكارلادعاء أمر وجودي لايجعله مدعياً ، ولذا لايحكم في مثله بالتحالف فلايطالب اليمين في مسألة الاختلاف فيوجه الاجارة الامن المستأجر، على ماصرح به في المسالك ناسباًله الى المشهور ناقلا لخلاف الشيخ وقوله بالتحالف .

[مواضع تقبل فيها بينة المنكر]

وقد صرح غير واحد بقبول البينة من المنكر في مواضع :

«منها» ـ ماذكروه في دعوى تلف المغصوب حيث حكموا فيه بسماع قول المدعي ـ أعني الغاصب ـ حذراً من لزوم تخليد الحبس والعقوبة .

وأورد عليه بالنقض فيما اذا أقام المنكر ـ أعني المالك ـ البينة على البقاء ، فلولا اقامة البينة من المنكر الذي يقتدر على اقامتها باعتبار اشتمال مقالته على أمر وجودي كان النقض ساقطاً غير صالح للالزام على القوم .

« ومنها » ـ مسألة الاختلاف في وجه الاجارة المشاراليها . فان هذه أيضاً مما صرح به في المسالك مرسلا له ارسال الواضحات .

والحاصل : ان مواضع سماع البينة من المنكر في كلمات القوم تصريحاً وتلويحاً كثيرة . نعم كثيراً مايصرحون بعدم السماع أيضاً في مسائل مخصوصة وعلى وجه الكلية أيضاً ، كما صرح به المحقق في الشرائع والفاضل في كشف اللثام والسيد في محكي الرياض . لكن القدر الجامع بين الكلمات والادلـة يمكن أن يكون ماذكرنا من التفصيل بين صور الانكار والقبول فيما يتضمن منه

لادعاء أمر وجودي مسبب عن أمرعدمي . وعليك بالتأمل والنظر في كلماتهم .

لكن هذا التفصيل أيضاً غير منضبط ، لان القول بسماع البينة من المنكر في كل مقام يتضمن انكاره لامر وجودي ولو بالاستلزام أيضاً مشكل . مثلا لو أقام البينة على موت مورث مدعي الدين قبل تاريخ التمسك الذي تمسك به في دعوى الدين من جانب مورثه أشكل سماع بينته .

الا أن يقال : ان الميزان هو أن يكون الاثبات الذي يقيم عليه البينة متعلقاً لغرض المنكر بالذات ، كاقامة المالك البينة على بقاء المغصوب، فيخرج مثل اقامة البينة على موت المورث قبل تاريخ التمسك ، فان موته ليس متعلقاً لغرضه بالذات بل باعتبار استلزامه لعدم اشتغال ذمته بالدين .

وهو أيضاً مشكل ، لان اقامة المستأجر البينة على قدر مايدعيه من الاجرة أيضاً اقامة لها على غير المقصود بالذات ، لان الغرض منها نفي مايدعيه الموجر من الزيادة . وكيف كان فالنظر في الادلة لايبعد مساعدته على سماع البينة من المنكر اذا كان انكاره مستلزماً لامر وجودي يكون متعلق غرضه . وأما مساعدة كلمات العلماء لجميع جزئيات هذا الميزان فلانلتزم به ولانقول به .

[سماع البينة من المنكر على ماينفعه]

ثم ان المحقق القمي في محكي جواب سؤاله اختار ماقويناه من سماع البينة من المنكر حيث يقيمها على ماينفعه ويحقق مقالته ، واستدل عليه بعد تزييف دلالة « البينة على المدعي واليمين على أنكر » على عدم السماع بقاعدة كون التفصيل قاطعاً للشركة بما حاصله : ان التفصيل انما هوفي الامر الواجب على المتخاصمين دون الكافي . فالمدعي والمنكر ممتازان في أن الاول يجب عليه اقامة البينة والثاني لايجب عليه الا اليمين ، بأمور :

« منها » ــ ماورد فيمن ادعى على الباقر عليه السلام بغلة اشتراها من شخص فصدقه وسلمه البغلة ، ثم ادعى سرجها أيضاً فكذبه وقال « ع » : ان لي بينة على أن السرج لي[1] . فانه عليه السلام كان ذا يد على السرج ومع ذلك استند في كون السرج ماله الى البينة .

ودلالته وان كانت محل مناقشة ، لانه عليه السلام لم يكن معه في مقام المرافعة والخصومة بل في مقام بيان الواقع . لكنه لايخلو عن تأييد لما قلنا .

« ومنها » ــ قول أمير المؤمنين عليه السلام حين طالب منه ابو بكر البينة على ملكية فدك : حكمت بخلاف ماحكم به رسول الله «ص» من ان البينة على المدعي واليمين على من أنكر . لم تطالب البينة مني ولاتطالبها من المسلمين[2] .

فان جوابه عليه السلام يشعر أو يدل على قبول البينة من المنكر ، والا كان عليه أن يقول لم تطالبني البينة مع أن المنكر لايسمع منه البينة . وحاصله الى تقريره عليه السلام له على مطالبة البينة من حيث اشتمالها على فائدة له وردعه في تعيين المطالبة منه لا من المسلمين .

ومنه يندفع ماقد يتوهم من دلالة قوله عليه السلام « بخلاف ماحكم بـه رسول الله » على خلاف المقصود وان البينة من المنكر خلاف حكم رسول الله « ص » . وجه الاندفاع : ان المخالفة اما هي في المطالبة والتقرير انما هو في افادة البينة فائدة في حق المنكر ــ فافهم .

ثم ان كونه عليه السلام منكراً في ملكية فدك اما باعتبار كونها في يده أو باعتبار ماتقتضيه قواعد الميراث . ثم ان دلالته أيضاً خفية أو ممنوعة ، كما يظهر بالتأمل من وجوه ، لكنه لاتخلو عن نحو تأييد أيضاً .

(١) الوسائل
(٢) الوسائل

« ومنها » ـ ادعاء صاحب المهذب البارع الاجماع على أنـه اذا تنازع اثنان في عين تحت يدهما قضى لمن كان له بينة اذا لم يقم صاحب البينة .

وأنت بعد الاحاطة بماقدمنا وبكلمات الاصحاب كالمحقق والفاضل الاصفهاني وصاحب الرياض المصرحين بعدم القبول والشهيد المتأمل في ذلك في الدروس وغيرهم تعرف مافي هذا الاجماع .

وأما ماذكره في تزييف دلالة التفصيل على قطع الشركة وتبعه بعض مشايخنا ، ففيه مالايخفى . لان قبول البينة من المنكر ينافي ايجاب اليمين عليه ، لانه أحد فردي الواجب المخير .

ودعوى كون البينة مسقطة وان التكليف تعلق باليمين خاصة كما يقال مثل ذلك في بعض المقدمات . شطط من القول هنا ، لان اليمين والبينة ليس شيء منهما تكليفاً بل كل منهما مسقط محض .

وأما الاشكال الثاني فنقول في حسمه : تارة بعدم الفرق بين المقامين ، فمن يرى الاحلاف في بعض صور المقام الثاني الذي تأتي الاشارة اليه يلزمه القول به في المقام الاول في تلك الصورة أيضاً . وأخرى بامكان الفرق بينهما ، وهو أن البينة القائمة على الاعسار في المقام الاول ـ أعني غير المسبوق بالمال ـ لابد أن تكون وافية بتمام المدعى ، بأن تكون نافية للاحتمال الخفي الذي علل بدفعه اليمين في المقام الثاني .

وأما البينة القائمة على الاعسار في المسبوق بالمال فستعرف أنها قد تكون وافية رافعة للاحتمال الخفي ، فيستغنى عن اليمين حينئذ مثل الاول كما سنذكره ، وان تكون غير وافية محتاجة في تماميتها الى اليمين . فالبينة التي تحتاج الى اليمين لما كانت مختصة بالمقام الثاني ـ كما سنذكر ـ اختص اليمين به أيضاً ، بخلاف المقام الاول فان مثل هذه البينة لما لم تسمع في المقـام الاول استغني

عن اليمين. فالفرق بين المقامين انما جاء من قبل الفرق بين بينتهما لا من أنفسهما.

وانما لم تسمع البينة الغير الوافية في المقام الاول لانه لا يلزم من عدم سماعها محذور، اذ المنكر ـ أعني مدعي الاعسار في المقام الاول ـ ان شاء أن يستريح عن اليمين فعليه اقامة البينة الوافية وان عسر عليه اقامتها فيستريح الى اليمين، اذ لا يطالب منه أزيد منها. بخلاف المقام الثاني الذي فرضنا كون مدعي الاعسار فيه مدعياً، فان وظيفته ليس اليمين لكونه مدعياً، فلو كلف بالبينة التامة لزم تخليد الحبس اذا عدمها، فيقنع عنها بالبينة الغير الرافعة للاحتمال الخفي وينجبر ضعفه باليمين ـ فتأمل وانتظر تمام الكلام.

ثم ان البينة المعتبرة في المقام الاول يعتبر فيها الخبرة والاطلاع التام بحال المدعى، فان شهدت بالاعسار اعتماداً على الاصل لم تقبل وان قبل مثلها في غير المقام، لان الشهادة المستندة الى الاصل انما تعتبر حيث تعتبر اذا لم يكن نسبة الاصل الذي استند اليه الشاهد الى الجميع سواء والا فلا معنى لقبول مثلها، فاذا كانت الحالة السابقة في شيء معلومة لكل أحد وشهد شاهد على طبقها بمقتضى الاستصحاب لم تنفع شهادته جداً. فلو شهدت في المقام بالاعسار باعتبار كونه مطابقاً للاستصحاب لم ينفع وانما ينفع لو كانت شهادته مستندة الى ما هو من خصائصه كالخبرة والاطلاع التامين بحال المدعي. ومن هنا اعتبروا في بينة الاعسار الخبرة والاطلاع على بواطن الامر.

فظهر أن البينة في المقام الاول على ثلاثة أقسام لاغية ومغنية عن اليمين وغير مغنية، والاولى ما كانت مستندة الى الاصل، والثانية ما كانت نافية للاحتمال الخفي، والثالثة ما يبقى معه الاحتمال. وهذه قد عرفت الحال فيها وأنها لو لم تقبل في هذا المقام لم يكن بعيداً.

ثم لو شك في كون البينة من الاولى أو الثانية فالكلام فيه مثل الكلام فيما احتمل استناد الشهادة الى الحدس . وقد مضى حكمه فيما تقدم .

[الصور المختلفة في الشهادة على الاعسار]

(وأما المقام الثاني) فتفصيل القول فيه : ان دعوى الاعسار اما أن تكون مع العلم بسبق اليسار أو بسبق مال مخصوص واف بالدعوى كلا أو بعضاً ، كما اذا كان أصل الدعوى مالا مثل ثمن المبيع أو القرض أو نحوهما مما يتضمن العلم بسبق مال معين باعتراف الخصمين . وعلى التقديرين فاما أن تشهد البينة على الاعسار أو على تلف المال أو الاموال .

ثم ان الشهادة على كل من الاعسار أو تلف الاموال : قد تكون على وجه ينفي احتمال المال الخفي . كما اذا شهدت على ارتداد مدعي الاعسار أو صلحه عن جميع أمواله شخصاً أو بيعه أو نحو ذلك مما يستلزم عدم المال رأساً سراً وعلانية . وقد تكون على وجه يبقى معه احتمال بقاء بعض الاموال السابقة أو تجدد مال آخر ، كما اذا شهدت بعد الخلطة التامة على تلف جميع أمواله الظاهرة بغرق أو حرق أو نحوهما . فالصور ثمان :

(الاولى) ما اذا شهدت على الاعسار مع العلم بسبق اليسار شهادة نافية للاحتمال الخفي .

وهذه لا اشكال في قبولها مجرداً عن اليمين ، ولا يظن شمول كلمات من قال بالاحلاف مع البينة كالمحقق لمثل هذه الصورة ، خصوصاً مع عدم مجيء ما علل به من نفي الاحتمال الخفي فيها كما لا يخفى .

(الثانية) مثل الصورة مع كون الشهادة غير نافية لاحتمال البقاء ، كما اذا شهدت بالعسر والضيق اللائقين بحال الفاقدين ، لا بما يلزم عقلا أو شرعاً أو عادة

لفقدان المال. فان الضيق قد يجامع المال الواقعي وان كان منشاؤد غالباً عدمه .

وهذه مورد الاشكال الذي اضطرب فيه كلام بعض من تصدى لدفعه . وجه الاشكال : ان مدعي الاعسار في هذه الصورة مدع، والمدعي لاينفع يمينه سواء كانت بينته وافية بالمقصود أم لا ، غاية الامر أنه اذا لم تكن وافية قضى لصاحبه بعد الحلف .

ولو قيل : ان المدعي فيما يعسر فيه اقامة البينة يكلف باليمين والمقام منه لان عدم المال الواقعي مما يعسر عليه اقامة البينة نوعاً ولو كان مسبوقاً باليسار ، لان غاية مايمكن أن يعلم به الشاهد هو تلف أمواله الظاهرة ، وهو غير مناف لبقاء شيء من الاموال أو تجدد مال جديد مخفي ، فصار المقام مما يعسر فيه اقامة البينة نوعاً ، فيكتفي فيه باليمين .

قيل : ان عسر اقامة البينة نوعاً يوجب العدول الى اليمين رأساً ، وليس المقام كذلك . لانهم لايقولون بحلف مدعي الاعسار اذا لم يكن له بينة وانما يقولون به معها ، فان كان المقام من موارد العسر لم يحتج الى البينة والا لم ينفع اليمين أيضاً . فالجمع بينهما مما لايساعده شيء من القواعد .

وتفصى بعض مشائخنا قدس سره عن الاشكال ووجه الجمع بينهما ، بأنه قبل اقامة البينة الناقصة مدعي ضعيف الجانب، فلا يكتفي منه باليمين بل عليه البينة ، وبعد اقامة البينة الناقصة يقوى جانبه نحو قوة جانب المنكر الذي اكتفى منه باليمين لقوة جانبه . فيكلف باليمين كسائر الموارد التي يحلف المدعي لقوة جانبه باعتبار مساعدة الظاهر له ، مثل مدعي الانفاق على الزوجة مع التيام الاخلاق ، وانما لم يقنع منه بتلك البينة القائمة لعدم وفائها بالمقصود وهو العسر الواقعي وعدم المال النفس الامري . هذا غاية مايحسن في توجيه كلامه .

وفيه بعد ونظر من وجوه :

الاول ـ ان اليمين لايدور مدار قوة الجانب ولو حصلت من الظهور مطلقاً في مقابل الاصل . كيف وتقديم قول من يدعي على طبق الظاهر معدود محصور ثبت الحكم فيها بالادلة الخاصة .

والثاني ـ انه على تقدير اعتبار الظهور مطلقاً في سقوط البينة والاقناع باليمين فالمعتبر انما هو الظهور النوعي الداخلي لاالظهور الشخصي مطلقاً ولا الظهور الخارجي مطلقاً ، بأن يكون مستنده بعض الامارات الخارجية الغير المعتبرة ، كقول عدل أو عدلين غير ناهض بالمقصود ، والالزم القول بحلف المدعي اذا كان له شاهد واحد ، وهو كما ترى .

والحاصل ان الظهور قد يكون حاصلا من الامور الداخلية كدعوى انفاق الزوج على الزوجة مع التيام الاخلاق ودعوى الزوجة الدخول مع الخلوة وسلامة الرجل من العيب ونحوهما مما يظهر فيه صدق المدعي في نفسه مع قطع النظر عن معاضدة أمارة خارجية ، وقد يكون خارجياً حاصلا من ملاحظة أمر خارج ، والمعتبر على القول بدوران الحلف مدار الظهور دون الاصل هو الاول دون الثاني .

والثالث ـ ان التقوية تحصل في المقام الاول أيضاً ، مع أن القائل باليمين في المقام الثاني لايقول به في المقام الاول كما عرفته .

والذي يمكن أن يوجه به الجمع بين البينة واليمين هنا وترفيع الاشكال هو أن يقال : ان عسر اقامة البينة باب في الفقه ، لسقوط البينة من المدعي شرطاً أو شطراً أو رأساً ، بحسب اختلاف المقامات كما أومأنا اليه في بعض الالتقاطات السابقة . فقد يوجب سقوط بعض شرائطها كالذكورية كما في الموارد التي يكتفى فيها بشهادة النسوان ، وكالعدالة كما في موارد الاستفاضة ، وكالعلم كما في مواضع

قبول الشهادة الظنيـة مثل العدالة ونحوها ، وقد يوجب سقوط أصلها كما في الموارد التي يقدم قول المدعي فيها بيمينه .

ومانحن فيه من قبيل الاخير ، فان اقامة البينة على عدم المال الواقعي المخفي لما كان عسراً عدل عنه في مقدار العسر الى اليمين ، وانما لم يعدل عنها اليها رأساً لان اقامتها على عدم الاموال الظاهرية وعلى الضيق والشدة ليس عسراً ، فلاوجه لاهمال هذا المقدار من الميسور بالمعسور .

فنقول : ان مطالبة البينة لاجل اثبات مايسهل اثباته من الضيق الكاشف عن عدم الامـوال الظاهرة ومطالبة اليمين لاجل اثبات مايصعب اثباته من عـدم المال الباطني ، وهذا نظير موارد جريان قاعدة الميسور في العبادات ، فكما أن قاعدة الميسور قاضية باهمال بعض أجزاء العبادات وشروطها المعسورة مع مراعاة الميسور كذلك قاعدة عسر اقامة البينة قاضية باهمال القدر المعسور من مراعاتها شرطاً أو شطراً .

ومن جملة الشروط أو الشطور وفاؤهـا بالمدعى بنفي الاحتمال الخفي ، فحيث لم تكن وافية فلينظر : فان كان في مراعاة الوفاء عسر عدل في التوفية الى اليمين كما يعدل اليها لو كان العسر في أصل اقامتها .

ومنه يظهر وجه عدم العدول اليها مع عدم البينة ، لان اقامتها ولو غير وافية ليس عسراً ، فلاوجه لاهمال الميسور بتعذر المعسور .

فان قلت : لو أن شخصاً كان عليه اقامة البينة على تمام مايدعيه من العشرة مثلا عسراً مع اقامتها على الخمسة فهل يحلف عـدولا في القدر المعسور الى اليمين كما ذكرت لا .

قلت : المناط هو العسر النوعي لا الشخصي .

ومما ذكرنا ظهر أن اليمين في المقام ليست من قبيل اليمين الاستظهارية في الدعوى على الميت ونحوها ولا من قبيل جزء السبب كاليمين المنضمة مع

الشاهد في دعوى ألاموال بل من قبيل اعتضاد السبب وجبران ضعفه في الدلالة والصراحـة في المدعى بجابر ، لان اليمين الاستظهارية لدفع ماربما يقال بعد ثبوت المدعى مثل دعوى الابراء أوالوفاء أونحوهما، وهذا اليمين محتاج اليها في أصل ثبوت الدعوى . وكذا ضميمة الشاهد في دعوى الاموال جزء سبب شرعي كالشاهد، بخلاف هذه اليمين فانها ليست لدفع مايقال بعد ثبوت الدعوى ولاجزء السبب الشرعي بل جابر دلالته .

(الصورة الثالثة) أن تشهد على تلف الاموال في المسبوق باليسار شهادة نافية للاحتمال الخفي ، مثل أن تشهد على مايستلزم شرعاً أو عقلا لعدم المال الواقعي ،كالارتداد والبيع والصلح ونحوها ، وحكمها حكم الصورة الاولى .

(الصورة الرابعة) مثل الصورة مع بقاء احتمال اليسار، اما لاحتمال بقاء بعض الاموال السابقة حيث يحتمل خفاء بعضها على البينة واما لاحتمال تجدد مال بعد تلفها، وحكمها حكم الثانية في الاحتياج الى اليمين .

وعليها ينزل قول العلامة بالاحلاف مع بينة التلف في موضع من التذكرة ، كما ينزل على سابقها قول من فرق بين بينة التلف وبينة الاعسار بعدم الاحلاف في الاول دون الثاني كالمحقق . وان كان هذا لايخلو عن نحو تفكيك معيب في العبارة، والا أشكل الفرق ولايكاد يتم، الا أن يقال: ان الشهادة على تلف الاموال السابقة نافية لاحتمال بقاء شيء من الاموال السابقة تصديقاً للبينة .

وأما احتمال تجدد المال . فهو مدفوع بالاصل كما في المقام الاول ، فان كان يدعيه مدعي اليسار فله الاحلاف ،كما في المقام الاول ، بل هو منه حقيقة ، فلا يندرج تحت صورة العلم بسبق اليسار وان لم يدعه . فلا وجه للاحلاف ، لان تلف الاموال المعلومة قد يثبت بالبينة بحيث لايبقى معه الاحتمال الخفي كما في جميع المقامات ، لان البينـة اذا شهدت بشيء فلا يلتفت الى احتمال

خطأها وغفلتها وجهلها بالواقع وغيرها من الاموال الخفية أو المتجددة يدعيها الخصم حتى يستحلف لاجله .

والحاصل ان شهادة البينة على تلف الاموال المعلومة على حد شهادتها على الارتـداد مثلا في تلف الاموال الظاهرة ، واحتمال تجـدد المال غير ضائر ، والكلام بالنسبة اليه مثل الكلام في المقام الاول فله حكم نفسه . واحتمال بقاء شيء من الاموال المعلومة منفي في القسمين بالبينة ، وهكذا الكلام بالنسبة الى احتمال خفاء بعض الاموال على البينة من أول الامر ، فانه مثل احتمال التجدد منفي بالاصل كالمقام الاول .

فظهر وجه كلام المحقق من أنه مع قيام البينة على التلف لاحاجة الى اليمين، يعني بالقياس الى الاموال السابقة وتلفهـا لامع دعوى المدعي بعض الاموال غير التي شهدت البينة بتلفها ، أو دعوى تجدد بعض الاموال بعد التلف ، فانه يندرج تحت المقام الاول المفروض عدم العلم باليسار، ومع قيامها على الاعسار المطلق لابـد من اليمين ، لان غاية ماتشهد به البينة هو ذلك الامر الوجودي الذي قد تفارق عـدم المال الواقعي ، فيكون دلالتها على المراد – وهو العسر الواقعي – ناقصة فيحتاج الى المكمل . الى آخر ماعرفت في الصورة الثانية .

لكن يبقى الكلام حينئذ في توجيه العكس الذي ذهب اليه في موضع من التذكرة، وتوجيهه أن يقال : ان مفروض كلام الفاضل في بينة التلف أن تشهد البينة على تلف الاموال الظاهرة ساكتاً عن الاحتمالات الخفية كما في الصورة الثالثة .

وحينئذ فوجه اليمين في بينة التلف ماقلنا في بينة الاعسار من أن في رفع الاحتمالات الخفية بالبينة لماكان عسراً نوعياً عدل فيه الى اليمين عملا بالقاعدة المشار اليها.

ويوجه عـدم اليمين في بينة الاعسار بحملها على ما لايبقى معه الاحتمال الخفي كالصورة الاولى ، أو بما أشار اليه البعض من أن بينة الاعسار بعد فرض

خبرتها واطلاعها على بواطن الامور تفي بالمدعى ، لانها تثبت الضيق والشدة اللائقين بحال الفاقد . وبه يثبت الاعسار ، لان الحكم الشرعي لاينا على دفع الاحتمالات الواهية ولاعلى زيادة مداقة في الفحص عن البواطن ، فاذا ثبت أن الرجل يصبر على مالايصبر عليه الملي غالباً كفى ذلك في ثبوت اعساره ، ولا يلتفت الى الاحتمالات التي خفيت على البينة . وفيه تأمل والاول أولى .

كما أن ماوجهنابه كلام العلامة في بينة التلف أولى مماوجهنا به كلام المحقق في بينة التلف ، لان احتمال تجدد المال في صورة قيام البينة على التلف - وان كان في نفسه مخالفاً للاصل - لكن استصحاب بقاء اليسار مع احتمال التجدد حاكم على أصالة العدم ، كما تقرر في استصحاب الكلي . وكذا احتمال خفاء بعض الاموال على الشاهد من أول الامر ، فان أصالة العدم وان كان بنفسه جارياً الا أن استصحاب كلي اليسار المحتمل وجوده في ضمن فرد آخر خفي غير الافراد المعلومة العدم حاكم عليه أيضاً كما تحقق في محله .

والحاصل انه متى حصل العلم باليسار السابق كان مدعى الاعسار مخالفاً للاصل ، سواء كان احتمال اليسار باعتبار احتمال تجدد مال بعد التلف أو باحتمال خفاء مال غير الاموال الظاهرة أو باحتمال بقاء بعض الاموال الظاهرية ، فليس وظيفته اليمين بشيء من الاعتبارات ، وحينئذ فلا فرق بين بينة التلف وبينة الاعسار المطلق في الاحتياج الى الحلف وعدمه .

وحاصل الكلام من أوله الى آخره : ان مع قيام الاحتمال الخفي لابد من اليمين في بينة التلف وبينة الاعسار ، لما ذكرنا من القاعدة ، ومع عدمه فلا حاجة اليها .

ومن فرق بينهما فأحسن الوجوه في توجيهه حمل البينة على التلف في كلامه على غير البينة على الاعسار .

ومن الاحاطة بماذكرنا يعرف الكلام في الصور الباقية الاربع ، كما يعرف الكلام من حيث الاحلاف وعدمه في المقام الاول الذي فرض فيه عـدم العلم بسبق اليسار ، وان ماذكرنا من الاحتياج الى اليمين في البينة الغير النافية جار فيه أيضاً .

وان الفرق بينه وبين المقام الثاني مع فرض اتحاد البينـة مشكل ، الا أن يتمسك بما نبهنا عليه من منع سماع البينة الغير النافية في المقام الاول ، نظراً الى مالمدعي الاعسار فيه من المندوحة والاستراحة الى اليمين على تقديرفقدانه البينة النافية الكاملة .

التقــاط

[حلف المنكر يسقط جميع حقوق المدعى]

اذا حلف المنكر سقطت الدعوى في الحال والاستقبال ، وليس للمدعي مطالبته بالحق ولاالاقتصاص من أمواله كما كان له ذلك قبل التحليف ، ولامعاودة المحاكمة ولاتسمع دعواه لوفعل ، ولكن ذمة المنكر مشغولة بالحق ولاتحصل له البراءة في نفس الامر .

وبهذا كله صرح في المسالك ناسباًله الى المشهور نافياً لظهور الخلاف فيه بعد فرض الكلام فيما اذا لم يقم على حقه بينة بعد الاحلاف .

ومستند المسألة أخبار بين الامر بتصديق الحالف والرضا بيمينه عن الحق وبين المصرح بذهاب اليمين بحق المدعي وابطاله وانه لاحق له على المنكر بعد الاحلاف وبين النافي للتقاص سراً .

وتوضيح الحال في المسألة : ان الدعوى اما أن تكون في الدين أو العين ، فان كانت في الدين فلا اشكال في عدم حصول البراءة الواقعية للمنكر بالحلف

للاجماع ظاهراً على وجوب التخلص عنه على المنكر فيما بينه وبين الله لو كانت اليمين كاذبة . ولانه اذا أقر بعد الحلف جاز المطالبة ظاهراً وباطناً كما سيأتي، فلو كانت الذمة بريئة كان الاقرار لغواً ، لانه اقرار بشيء كان في ذمته قبل الحلف لابعده ، وسيأتي توضيحه أيضاً .

وكذا لااشكال في عـدم العود الى الدعوى ولا في عدم جواز المطالبة ، وأما حرمة المقاصة فلولا مادل عليها بالخصوص كان حالها نظير مايأتي . ولكن الخبر الوارد في جناية اليهودي صريح في عدم جوازها ، ولعله لاخلاف فيها معتداً به .

وأما ترتب سائر أحكام الملكية على وجه لايكون فيه تعرض للمنكر ولا لحاله ظاهراً ولا باطناً — مثل الاحتساب من الزكاة والخمس ونحوهما — فمال بعض مشائخنا قدس سره في ملحقات كتابه الى العدم ، استظهاراً له من مثل قوله عليه السلام في الروايات « ذهبت اليمين بمافيه »[1] و « انها أبطلت كل ماادعاه قبله »[2]، لكن الانصاف انه محل تأمل بل منع . لانــه ان أريد دلالتها على خروج مافي ذمة المنكر من الدين عن المالية رأساً نمنع امكان دعوى الاجماع على عدمه ، لما عرفت من وجوب التخلص عنه على المنكر بلاخلاف ظاهر ، وعدم براءة ذمته في نفس الامر المقتضي لاشتغالها بالدين، فلا دلالة فيها على ذلك والالزم القول بكون اليمين من النواقل اذا كان المدعى به عيناً، فان ذهاب جميع جهات الملكية والمالية في العين لامعنى له سوى خروجها عن ملك المالك ، ولعله مما لايلتزم به أحد .

والتفكيك بين العين والدين بالتزام بقـاء بعض الجهات المالية في الاول

---

(١) الوسائل ج١٨ ب ٩ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ب ٩ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

دون الثاني ، وان أمكن لكنه يحتـاج الى دليل ، ولادليل في خصوص العين لايجري في الدين سوى قصور دلالتها على ذهاب جميع الجهات المالية .

ودعوى ان الدليل في العين هو الاجماع في مثل المقام . كلام قشري لا يليق بمن عرف الاجماع الناشيء عن دليل تعبدي والناشيء عن مقتضى القواعد العامة مع قصور دلالة المخرج . فاذا ثبت أن الذاهب انما هو بعض الجهات المالية لاجميعها فالقدر المتيقن منه ماقلنا من المطالبة أو التعرض لحاله الباطني أيضـاً .

ويؤيده مافي خبر آخر من النهي عن الاخذ بعد اليمين[1] مكان مااشتمل عليه غيره من الاذهاب والابطال ، فان المقام وان لم يكن من موارد التخصيص أو التقييد الا أن المظنون اتحاد مفاد الكل . وان أريد دلالتها على بقـاء الدين على حكم مال المدعي مع عدم جواز تصرفه فيه بشيء من التصرفات ، فهذا في العين وان كان أمراً معقولا لكنه في الدين ليس بمعقول ، لان مالية الدين ليس على حد مالية العين الراجعة الى صفة اضافية بينها وبين المالك ، بل هي عبارة عن صرف ترتيب أحكام المالية من التصرفات ، فبقاء المالية وعدم نفوذ شيء من التصرفات فيه كالتناقض .

فان قلت: أثر بقاء المالية محض فيمايتعلق بالاخرة من العقوبات والمؤاخذة ونحوهما مما يترتب على شغل الذمة بحق الناس ، وأما مايتعلق بالدنيا فلاضير في عدم ثبوت شيء منها .

قلت : مايتعلق باشتغال الذمة في الاخرة ليس شيئاً قابلا لاثبات صفة المالية للدين ، لانك عرفت أن ماليـة الدين حقيقتهـا ترتيب أحكام المال وما يتعلق بالاشتغال في الاخرة ليس من الحكم الشرعي في شيء ، مع أن المؤاخذة والعقاب

(١) الوسائل ج١٨ ب ١٠ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢ .

ونحوهما ممايرجع الى الامور الاخروية ، يكفي في ترتبها مجرد الحلف الفاجر ولو قلنا بخروج المال عن المالية رأساً حتى في العين ، لانه حينئذ بمنزلة الاتلاف التي لاتوجب شيئاً سوى الاثم والعقاب ، فلايكون فرق حينئذ بين ثبوت بقاء المالية وذهابها رأسا ـ فافهم .

وقد يستدل أيضاً بمادل على تصديق الحالف والرضا بيمينه عن الحق[1] ، فان عموم التصديق بجميع الجهات المالية يقتضي الاعتراض عن جميع التصرفات وفيه مضافاً الى ماعرفت في غيره أن وزان تصديق الحالف المأمور به هنا ، وزان تصديق المؤمن المأمور به في الاخبار ، وان المراد عدم الاتهام والتصديق المخبري الصوري لاترتب آثار مطابقة قول المؤمن للواقع .

فان قلت : حكم الامام عليه السلام بذهاب اليمين بالحق ثم استشهد بالنبوي الامر بتصديق الحالف ، فيكون المراد بتصديقه أمراً غير محض عدم الاتهام والتصديق المخبري الذي لايترتب عليه ذهاب العين بالحق وعدم جواز التعرض .

قلت : القدر المحتاج اليه في صحة الاستشهاد كون المستشهد له مماينذرج تحت الشاهد ، وأما اقتضاء الاستشهاد لعموم الشاهد فلا . بل قد يقال : ان الاستشهاد المزبور ممايوهن دلالة قوله عليه السلام « ذهبت اليمين » على عدم التعرض الباطني كالمقاصة ، ويوجب اختصاصه بعدم جواز المطالبة جهاراً ، لان التصديق المأمور به ليس مؤداه سوى التجافي عن المعارضة والمخاصمة ، نظير تصديق المؤمن الفاسق مثلا .

ومما ذكرنا ظهر أن تعقيب الامر بالتصديق في النبوي بقوله صلى الله عليه وآله « ذهبت اليمين بحق المدعي أيضاً » لايعطي عموماً في التصديق .

هذا كله مع أن الخارج عن تحت عموم الامر بالتصديق اكثر من داخله ،

---

(١) الوسائل ج١٨ ب٩ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

اذ ليس يجب على الناس متابعة من أخبر خبراً ثم حلف بالله تعالى على طبقه ، وتقييده بمقام المرافعـة يحتاج الى دليل ، وذيله المشار اليه لايقتضي التقييـد بحسب القواعد اللفظية .

والقول بأن المقيد هو الاجماع . قد عرفت مافي مثله .

كل ذلك مضافاً الى أن في الروايات السابقة التي هي أظهردلالة من الامر بالتصديق مايستظهرمنه الفطن العارف بأساليب الكلام ومزايا الدلالات ، كخبر ابن ابي يعفور قال بعـد ماقال الامام عليه السلام : ذهبت اليمين بحق المدعي فلا حق له . قلت : وان كان له بينة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعـد مااستحلفه خمسين قسامة ماكان له ـ الحديث[١] .

وجه الاستظهار أن كلمة « ان » الوصلية تدل على رفع توهم عدم مناسبة الشرط للجزاء وتوهم مانعيته له . ومن الواضح أن اقامة البينة انما يتوهم منافاته للمطالبة والتعرض لحال المنكرأو مالـه لابعض التصرفات التي تتوقف على ثبوت الحق واقعاً لاظاهراً كالابراء والعتق مثلا ، فلو أن الامام عليه السلام أراد بذهاب اليمين عدمجوازالابراء والاحتساب السري منالزكاة أيضاً وان الراوي أيضاًفهم ذلك من كلامه عليه السلامكان قوله « وان أقام البينة » وقوله في جوابه «نعم»بمكان من الركاكة والاستهجان . اذ قيام البينة وعدمه بالنسبة الىمثل تلك التصرفات لايؤثر شيئاً ، لانها منوطة بثبوت الحق واقعاً لاظاهراً ، بل كان عليه لوأراد توضيح الحال أن يقول ولوأقام بينة فكيف الحكم لاالتعبير بأن الوصلية المشعرة بالاستبعاد الغير اللائق بالمقام .

فظهر أن التعبيربها مبني على كون الحكم المدلول عليه بقوله عليه السلام « ذهبت اليمين » مما لايناسبه اقامة البينة ، وليس هو الاحرمة المطالبة وترتب

(١) الوسائل ج١٨ ب٩ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

سائر الاثار جهاراً لاخفاءاً .

ثم ان لازم القول بسلب جميع الآثار المالية في الدين عدم حصول التهاتر القهري أيضاً لوفرض اتلاف المدعي شيئاً من أموال المنكر يساوي قيمته بمقدار الدين الذي في ذمته . وهو كما ترى أثر قهري ،لان التهاتر في مورده ، اذ لايعقل اشتغال ذمة الشخص بعين مااشتغل ذمة الشخص الاخر كالدينار الكلي، فاذا فرض أن مافي ذمة المنكر دينار وقيمة التالف أيضاً دينار حصل البراءة قهراً .

وبالجملة مفاسد هذا القول يضيق عن الاحاطة بها نطاق البيان : وكيف بمثل هذه الادلة الموهونة الدلالة يلتزم بخلاف القواعد المتينة ، سيما مع عدم مصرح به سوى من عرفت مع تأمله وتردده واعترافه بأنه لايخلو عن نظر واشكال.

ومما يبعده أيضاً تصريحه وتصريحهم بأن المنكر لو كذب بالاقرار عاد المطالبة والتعرض، فانه مع ذهاب المالية الدنيوية رأساً لايكاد يتم ذلك الابالتزام كون الاقرار سبباً جديداً في حدوث المالية ، بخلاف مالو قلنا ببقاء المالية وان الذاهب هو السلطنة على بعض الاثار كالتعرض والمطالبة .

| لو أقر المنكر عاد حكم المطالبة والتقاص |

توضيح المقام : انه قد تطابق النص والفتوى على أن المنكر الحالف لو أقر بالحق مطلقاً ـ سواء كان عند الحاكم أوعند غيره أو في السر ـ عاد حكم المطالبة والتقاص وغيرهما مما لم يكن له قبل الاقرار بعد الحلف .

وهذا على تقدير ذهاب المالية مشكل ، لان الاقرار لايقتضي الا الالزام بالمقربه ، فحيث كان المقر به أمراً غير مترتب عليه شيء من الاثر وقع لاغياً ، وعلى القول بذهاب المالية رأساً فالاقرار به اقرار بما مر غير ملزم وانه كالاقرار بالدين الذي يتعقبه المسقط مثل الابراء ونحوه ، فلابد من الالتزام بأن الاقرار

سبب شرعي تعبدي لحدوث مال جديد في ذمة المقرمع العلم بعدم ثبوت مال في ذمته قبل الاقرار .

وهذا جدل لايلتفت اليه من أنس بالفقه أنساً ، بخلاف مالو قيل بما اخترنا من بقاء صفة المالية وعدم جواز ترتب بعض الاحكام لمانع الانكار المقرون باليمين، لانا نقول حينئذ : ان الاقرار يرفع المانع من استيفاء الحق · وبعبارة أخرى : ان المنع انما تعلق باستيفاء الحق من المنكر بعد اليمين مادام منكراً وبعد الاقرار يرتفع الموضوع .

الأن يقال بمثله على ذلك القول أيضاً ، بأن يقال : ان الانكار كان مانعاً عن ترتب جميع الاثار المالية مادام منكراً وتكذيب النفس يرفع المانع .

وكيف كان فقد ظهر أن التمسك في الحكم المزبور - أعني جواز المطالبة بأدلة الاقرار - غير سديد ، لان أدلة الاقرار انما تفيد الالزام اذا كان المقر به أمراً ملزماً، فلابد أولا من احراز كون الدين بعد الحلف من الامور الملزمة ثم التمسك بها . لاالتمسك بها مع قطع النظر عن ذلك حتى على احتمال خروجه عن المالية في الدنيا رأساً ، فانه حينئذ كالاقرار بالدين بعد تحقق المسقط .

(تجديد مقال لتوضيح حال)

قد عرفت أن الامر بالتصديق في النبوي نظير قرينة ، أعني الامر باعطاء الحالف له معنى آخر غير ترتيب آثار النفي والبراءة، وان ذهاب اليمين بحق المدعي وابطالها اياه ونفي الحق بعد اليمين لادلالة لها أيضاً على نفي جميع تصرفات المدعي من المطالبة وغيرها .

ونقول أيضاً طلباً لمزيد البيان : ان ذهاب اليمين بالحق وابطاله لابد أن يراد به - بدلالة الاقتضاء كما في حديث رفع الخطأ والنسيان - ابطال الآثار

لابطال نفس المال ، لان ابطال الشيء الثابت خصوصاً اذا كان من الاعيان الخارجية لامعنى له ، فيدور الامر بين أن يكون المراد ابطال جميع الاثار حتى مايرجع الى المنكر بحيث يكون المنكر بعد الحلف بريء الذمة رأساً الذي هو خلاف الاجماع ظاهراً أو ابطال جميع مايرجع الى المدعي خاصة من الآثار أو ابطال خصوص مايليق بمقام الدعوى والخصومة أعني المطالبة وتجديد دعوى أخرى ونحوها مما يشاركها في التعرض لحال المنكر .

والاول لو قلنا بكونه المتعذر في مثل المقام مع امكان منعه وارجاعه الى نفي الاثر الظاهر ، فلابد من المصير الى غيره بقرينة الاجماع بزعمك وبمساعدة المقام بزعمنا ، فتعين أحد الاخيرين ، وأولهما تحكم بلا دليل .

ودعوى ان القرينة هي الاقربية بالمعنى الحقيقي بعد تعذر الاول الذي هو أقرب من الكل .كما ترى . فتعين الثاني . أعني ارجاع الابطال الى الاثر الظاهر اللائق بالمقام ، لان المقام مقام اعطاء ميزان القضاء وفصل الخصومة .

ومن الواضح أن موازين الفصل لايزيد مقتضاها على مجرد ترك الدعوى والخصومة ، ومن هنا يعلم أنه لولا النص الوارد في حرمة المقاصة بعد اليمين لم يجز الحكم بها بدلالة هذه الروايات وكان حال اليمين حال البينة في جواز المقاصة الباطنية أيضاً . مضافاً الى أن قوله عليه السلام « ذهبت اليمين بحق المدعي » وانها أبطلت كل ماادعاه، لايدل الاعلى ابطالها الحق من حيث الدعوى لامن حيثيات أخرى كما لايخفى .

نعم من بين هذه الروايات ذيل الرواية الدالة على حرمة المقاصة المعلل فيها بأنه رضي بيمينه وقد مضت اليمين بما فيها[1] . يمكن أن يستدل به على ذهاب جميع الجهات المالية من طرف المدعي حتى مثل قابليته للابراء ونحوها،

(١) الوسائل ج١٨ ب١٠ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

لان التعليل في قوة كبرى صغراها حرمة المقاصة، فكأنه قال عليه السلام : ان المقاصة حق من الحقوق ، ولاشيء من الحقوق بثابت بعد اليمين . ولايجري ماقلنا في سائر الروايات ، لان ارجاع الامضاء الى خصوص جهة المخاصمة والتعرض والادعاء يوجب عدم الارتباط بين الدليل والمدعى . لان المقاصة ليست من جهات الدعوى والمخاصمة فلابد من ارجاعه الى معنى عام شامل . فهو اما ذهاب جميع التصرفات المالية من طرف المدعي حتى مثل الابراء والاحتساب ، أو القدر الجامع بين قطع الخصومة وحرمة المقاصة . والثاني لامجال له كما أشرنا اليه لكونه تحكماً بلادليل وبعيداً عن الفهم السليم ، فتعين الاول .

وفيه : ان ذيل الرواية ليس في مقام التعليل حتى يكون في مقام اعطاء القاعدة، بل اللام في كلمة « اليمين » للعهد والاشارة الى اليمين المتقدم ذكرها ، فقوله « فقد مضت اليمين بما فيها » عبارة أخرى عما نهى عنه أولا من الاخذ . نعم قوله « لكنك رضيت بيمينه » في قوة التعليل لعدم الاخذ والمضي .

وكيف كان فالانصاف أن العدول عن مقتضى القواعد المحكمة بمثل هذه الدلالة التي تتوقف على دقة النظر مع عدم مصرح به من الفقهاء جرأة عظيمة ، خصوصاً مع ماسمعت عن غير واحد من أن اليمين لايحصل به البراءة الواقعية ومع ملاحظة اطلاق ماذكروه في غير المقام من أن حكم الحاكم لايغير الواقع ، فانه يعم المستند الى اليمين .

ودعوى أن اطلاق كلامهم ورد في بيان مايترتب على حكم الحاكم من حيث أنه حكم ، فلايدل على عدم تغييره الواقع باعتبار شيء آخر يقارنه وينضم اليه كاليمين . مدفوعة بأن موضوع الحكم اذا كان في بعض الموارد ملازماً لعنوان ينافي الحكم كان الاطلاق قبيحاً كما قررناه في الاصول وأوردنا به على

الحلي في مقدار ماينزح لموت الكافر من البئر حيث رجع في حكمه الى مالا نص فيه وحمل النص الوارد فيه على أنه مسوق لبيان حكم الموت من حيث انه موت ، فتأمل جيداً .

ثم انالفرق بين القولين وثمرات بقاء أحكام المالية عدا المطالبة والمقاصة لاتكاد لكثرتها تحصى . مثلا اذا أوصى للمدعي بالدين على المنكر ومات قبل القبول بعد اعترافه به كان للورثة حق القبول على المختار لاعلى القول الاخر ، وهكذا الى آخر مالايخفى .

[هل يذهب الحلف بالحق في العين أيضاً ؟]

هذا كله في الدين ، وأما العين فينبغي النظر في أن الروايات شاملة لها أم لا . قد يقال بعدم تقييد فيها بالدين ، لان الحق يعم الدين والعين ، ويؤيده أن الدليل على انقطاع الخصومة باليمين في العين ليس سوى هذه الروايات .

والتحقيق أن الشامل منهـا للعين غير نافع ، والنافع منها غير شامل ، فان ماعدا الرواية الدالة على عدم المقاصة قد عرفت أن مؤداها لايزيد على انقطاع الخصومة وحرمة العود الىالخصومة وسائر وجوه المعارضة، وبها تمت مسألة فصل الخصومة في الدين والعين بواسطة اليمين .

والرواية الدالة على عدم المقاصة غير شاملة للعين ، لعدم عموم فيها سوى مايتوهم من عموم الموصول في قوله « مضت اليمين بما فيها »، وقد عرفت أن الظاهر منها العهد كاللام في اليمين ، ويؤيده صيغة الماضي المشيرة الىماسبق ذكره ، فلا دلالة فيها على حرمة المقاصة في العين .

نعم يدل عليها أمران آخران :

(أحدهما) ان التقاص فرع السلطنة على المقتص عليه شرعاً ، واليمين

قاطعة للسلطنة الشرعية على الشخص اجلالا لاسمه تعالى .

والحاصل ان التقاص فرع استحقاق المطالبة شرعاً لافرع الاستحقاق للمال، فلو استحق المال ولم يستحق المطالبة لم يجز له التقاص ، لان السلطنة على مال الشخص سلطنة عليه كما لايخفى. وأقل مايدل عليه روايات المسألة ، حتى مثل الامر بالتصديق والرضا باليمين أن لايكون للمدعي سلطنة على المنكر الحالف، ونفي السلطنة على الشخص يمنع المقاصة لكونها متفرعة على السلطنة عليه ، لاستلزام السلطنة على المال السلطنة على المالك .

ومن هنا أمكن تصحيح دلالة غير الرواية الواردة في عدم التقاص على حرمة المقاصة أيضاً .

(والثاني) رواية سليمان بن خالد : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه مكان مالي الذي أخذه وأجحده وأحلف عليه كما صنع ؟ قال : ان خانك فلا تخنه ، ولا تدخل فيما ائتمنته عليه(١) .

فان المال يشمل العين والدين ، بل ظاهر قوله « عنده » هو العين ، الا أن يمنع دلالتها باعتبار كونها واردة في مقاصة الودعى ، وهو غير المقام .

[لو وجد المدعى عين ماله يجوز أخذه]

ثم انه لو ظفر المدعي بالعين على وجه لايكون في أخذها اهانة بالحاكم جاز الاخذ ، حتى لو قلنا في مسألة الدين بعدم جواز شيء من التصرفات ، وذلك لان الدين ليس سوى الحقوق التي يستحقها الدائن والحق قابل للابطال والذهاب ، فيمكن الاستدلال بقوله عليه السلام « ذهبت اليمين بحق المدعي

(١) الوسائل ج٦ ب٨٣ من ابواب مايكتسب به ح٧ .

وأبطلت كل ما ادعاه » على ذهاب تلك الحقوق بأسرها. بخلاف العين فان ابطالها مع قطع النظر عن الاحكام غير معقول ، فلابد من ارجاع الابطال الى الاحكام المتعلقة بها. والاحكام الباطلة الذاهبة المتعلقة بها ليست الاماكان من قبيل السلطنة على الحالف نفساً أو مالا ، وأما الاحكام التي لايلـزم من ترتبها تعرض بحاله فلا وجه لذهابها وبطلانها .

ومن الواضح أن التصرف في العين بحيث لاينجر الى خصومة ومنازعـة ودعوى أخرى ليس سلطنة على المنكر ولاعلى ماله ، وكذا ليس انشاء مخاصمة جديدة كما لايخفى .

فالحق أن التصرف الباطني الغير الآئل الى اهانة الحكم أو الى منازعـة ومشاجرة جديدة جائز بخلاف المقاصة لما عرفت ، والله العالم .

[في جواز التقاص من المنكر]

بقي شيء ، وهو أن في مسألة التنازع في الثمن والمثمن الذي ينجر الامر فيه الى التحالف . قد صرح غير واحد بالتقاص ، فيقتص البائع مثلا بالمبيع المردود اليه بعـد حلف المشتري على نفي الثمن الذي يستحقه البائع في ذمة المشتري الذي نفاه بحلفه .

وهذا ربما يقال بمنافاته لما أجمعوا هنا عليه من عـدم جواز التقاص بعد الحلف . نعم لو قيل ان التحالف سبب شرعي تعبدي لانفساخ العقد أو لفسخ الحاكم ارتفع المنافاة ، لكن على ماذكر في الروضة من التقاص ربما يتوهم ورود الاشكال . والجواب عنه ان حرمة المقاصة بعـد الحلف ليس لاجل كون الحلف ناقلا كما لايخفى ، بل لاجل احترام عرض الحالف فلا يدعى عليه ثانياً واحترام ماله فلايقاص منه .

وقضية ذلك اختصاص الحرمة بالمقاصة التي ينافيها الحلف ويكرهها الحالف . لا المقاصة التي لاينافيها الحلف بل يؤكدها ولا يكرهها الحالف بل يحبها ويرضى بها كما في المقام ، لان المشتري الحالف على عدم وقوع البيع بالثمن الذي يدعيه البائع يريد دفع سلطنة البائع عليه بالثمن المخصوص ويرضى بأول أمرها الى ماكان قبل البيع ، فلو تمرد البائع عن قبول البيع فهو مناف لمقتضى الحلف بخلاف مالو قبله وجعله قصاصاً عما له في ذمة المشتري ، فانه تصديق ظاهري بحلف المشتري وعمل على طبق حلفه ظاهراً .

ومن هذا البيان ظهر امكان تقرير الاشكال في غير التحالف أيضاً ، كمدعي البيع ومنكره الحالف على عدمه، كما ظهر جوابه أيضاً. فالاشكال مشترك الورود بين صورة التحالف وغيره ، وكذا الجواب .

وحاصل الجواب : ان مقتضى حلف المشتري على نفي البيع بالثمن المخصوص مع اعتراف البائع بعدم البيع على الثمن الذي يدعيه المشتري كون المبيع باقياً في ملك البائع ، ففي تصرف البائع فيه واحتسابه قصاصاً عن الثمن الذي يدعيه تصديق للحلف ظاهراً وعمل بأدلة المقاصة باطناً ، فالتقاص الباطني اذا كان منافياً لتصديق الحالف ظاهراً فهي التي تمنعها اليمين لا ما كان فيها تصديق صوري للحالف .

ويمكن أن يجاب أيضاً في مسألة التحالف خاصة : بأن المتداعيين معترفان بأن كلا منهما يستحق على الاخر شيئاً وانما الخلاف في الخصوصية والحلف انما وقع على نفيه لانفي مطلق المال، فحينئذ نقول : ان البائع مثلا يأخذ المبيع قصاصاً عما له على المشتري لاعلى الثمن الذي نفاه المشتري بحلفه .

فان قلت : الذي يستحقه البائع مثلا ـ وهو الثمن المخصوص الذي يدعيه ـ قد ذهب بحلف المشتري ، والذي يعترف المشتري من الثمن ينفيه البائع

ويعترف بعدم استحقاقه . فلايبقى مال يمكن أن يجعل المبيع في مقابله .

قلت : لامنافاة بين عدم استحقاق البائع شيئاً من الخصوصيتين واستحقاقه مالا كلياً بمقتضى اعتراف المشتري واعتقاد البائع . لان الحكم يتبع الدليل ولو على نحو يقتضي الجمع بين المتضادين أو المتناقضين . ومن الواضح أن جواز المقاصة حكم من أحكام استحقاق المال المطلق لاالمال المعين .

وان شئت قلت : ان الثمن الذي يعترف به المشتري لاينفيد البائع بحسب مقدار ماليته . فمقدار مالية ذلك الثمن أمر متفق الثبوت في ذمة المشتري، فيعطى البائع عن مقدار ماليته لاعن نفسه ، لان نفسه مع قطع النظر عن المالية لايقبل المقاصة ، الأن مقتضى ذلك أن يقتصر في المقاصة على مقدار مالية الثمن الذي يعترف به المشتري .

والظاهر أن من يقول بالمقاصة في التحالف يقول بأنه يقتص بمقدار مايدعيه المقاص من الثمن مثلا لابمقدار مايدعيه المقاص منه . والثمرة بينهما تظهر في مقدار الزيادة التي يجب على البائع مثلا دسها في مال المشتري ، فانه يختلف زيادة ونقصانا باختلاف الوجهين .

ثم انه قد ظهر أن الحكم في صورة كون الثمن دينا على خلاف ماقلنا في الدين من حرمة المقاصة . فلو كان الثمن عيناً فهل يحكم فيه بخلاف ماحكمنا في العين من جواز التصرف في العين باطناً ، بأن يدس البائع مثلا المبيع في مال المشتري ويتصرف بعين الثمن الذي وقع البيع عليه باعتقاد البائع لاوجهان.

وجه العدم أن التصرف في الثمن تكذيب للحالف وتعرض له فلايجوز ، ووجه الجواز - وهو الاقوى - أنه تصرف في ملكه لافي ملك المشتري . وليس فيه تعرض للمشتري الحالف لالنفسه بالدعوى والمخاصمة ولالماله ، وليس فيه

أيضاً تكذيب صوري للحلف لابتنائه على الخفاء ، وأما تكذيب الحالف باطناً فلاضير فيه ، بل هو مقتضى عدم كون الحلف مغيراً للواقع . والله العالم .

التقاط

ا هل تسقط دعوى المدعى مع المكول ا

اذا رد المنكر اليمين الى المدعي فأما أن ينكل عن اليمين ولا يحلف أو يحلف ، فلو نكل سقطت دعواه في ذلك المجلس بلا خلاف ولا اشكال . والروايات ناطقة به .

وهل تسقط دعواه مطلقاً حتى في غير ذلك المجلس – بأن لايسمع دعواه أبداً ولو أقام بينة – أو يختص سقوط الدعوى بذلك المجلس . قولان ، ذهب الى الثاني جماعة منهم الشهيدان على ماحكي عنهما ناسباً له في الروضة الى المشهور ، لكن عن جماعة دعوى الاجماع على السقوط .

ويدل عليه اطلاق الاخبار والاستصحاب ، بناءاً على أن المجمع عليه في ذلك المجلس هو سقوط الدعوى بحيث لايسمع منه اقامة البينة حينئذ ، فانه يستصحب حينئذ حتى شك في حدوث حق جديد ، وأما لو كان المجمع عليه مجرد عدم سماع قوله ثانياً في ذلك المجلس وعدم سلطنته على المنكر في ذلك المجلس لم يجر الاستصحاب اذا شك في وجوب سماع قوله في مجلس آخر ، لان السلطنة في كل آن موضوع مستقل غيرها في آن آخر . فلاينسحب حكم أحدهما الى الآخر ، بخلاف الحق فانه اذا سقط سقط والعود يحتاج الى دليل – فافهـم .

وان حلف ثبت حقه نصاً وفتوى . وهل هي في حكم بينة المدعي أو بمنزلة اقرار المنكر ؟ وجهان بل قولان . وربما قيل انها قسم ثالث ، فلا يجري فيها

حكم شيء من البينة والاقرار بل يرجع في كل حكم الى مايقتضيه القواعد فيه . وذكروا لهذا الخلاف ثمرات مذكورة في كتب الفقهاء .

[الادلة على سقوط الدعوى مع النكول]

والمهم هنا بيان أمرين: أحدهما وجه الحصر الذي ذكره غير واحد، والثاني وجه القولين على تقدير ثبوت الانحصار .

(أمـا الاول) فيمكن أن يستدل عليه بعموم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[1]، فانه يقضي بالانحصار على البيان الذي مر في بعض الالتقاطات السابقة . وحاصله ان الحكم بجنس البينـة على جنس المدعي في مثل المقام يفيد أن كل بينة على المدعي وكل مدعى عليه البينة ، فاذا ثبت أن يمين المدعي هنا تثبت حقه على المنكر ، فلابد أن يكون يمينه اما بمنزلة البينة في الحكم حتى لايلزم تخصيص في العـام المزبور أو تكون بمنزلة اقرار المنكر الـذي يرتفع به أصل الخصومة .

فلو قيل : ان اليمين ليست بمنزلة البينة ولابمنزلة صيرورة الدعوى بمنزلة التسالم والتصالح ـ كما لو أقر المنكر ـ بل قسم ثالث لميزان فصل الخصومة لزمه بطلان الحصر المستفاد من العموم .

وهذا نظير ماذكروه في التحليل من أنه بمنزلة ملك اليمين أو بمنزلة النكاح اتباعاً لظاهر الاية الشريفة الناطقة بمحافظة الفروج الا على الازواج أوما ملكت الايمان . ولب الكلام ان الامر دائر بين الالحاق الموضوعي والتخصيص .

توضيحه : ان الشارع حصر حجة المدعي المثبتة لحقه في البينة بمقتضى قوله « البينة على المدعي » ، ثم قال في دليل آخر ان اليمين المردودة أيضاً يثبت

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

بهـا الحق ، فان كان المراد بالبينة مايعم اليمين على أن يكون اليمين في نظره بمنزلتهـا ومشاركتها في الحكم بقي الحصر بحاله وسلم العموم أيضـاً عن التخصيص . لان الاخراج والادخال الموضوعيين ليسا من التخصيص في شيء كما حققناه في الاصول .

ولذا لم نذهب الى أن الاستصحاب ونحوه من الاصول بل الامارات أيضاً مخصصة للواقع ، بل مؤدياتها ملحقة بموضوعات الاحكام الحاقاً جعلياً . وأما لو كان المراد بالبينة ما لايعم اليمين وكانت اليمين حجة أخرى في عرض البينة بطل الحصر وتخصص العموم .

ومثل هذا التقرير يقال في مسألة التحليل .

وحيث أن أصالة العموم في البينة على المدعي مع عدم ظهور أدلة اليمين في استقلالها وتخصيص العموم بها يقتضي بقاء الحصر . وبعبارة أخرى : الالحاق الموضوعي في صورة الشك ، فلاجرم يكون اليمين بمنزلة البينة ان كانت حجة للمدعي والالزم أن تكون بمنزلة ارتفاع الخصومة باقرار المنكر ، اذ لا ثالث لهما مع بقاء الحصر وأصالة العموم على حالها .

مضافاً الى ظهور بعض أدلة اليمين في كونها بمنزلة البينة وسكوت الباقي عن التخصيص وعن كونهـا حجة أخرى مستقلـة ، كخبر يونس : استخراج الحقوق بأربعـة وجوه : شهادة رجلين عدليـن ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، وان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي ، وان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف رد اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه ، فان أبى أن يحلف فلاشيء له[1] .

وجه الظهور : ان ماعدا اليمين المردودة كلها في حكم البينة وملحقة بها

---

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١٥ من ابواب كيفية الحكم ح ٢ .

كأنها تفاصيل البينة التي حصر حجة المدعي في الروايات العديدة فيها، مثل ماروي ان أحكام المسلمين على ثلاثة : بينة عادلة . ويمين قاطعة ، وسنة جارية[1]. يعني بها القرعة بناءاً على كون المراد بالقاطعة الفاصلة لاالجازمة ، فانها حينئذ يمين المنكر لانها التي تقطع الخصومة وترفعها . وغيرها مما دل على انحصار فصل الدعوى بالبينة ويمين المنكر .

نعم في الموارد التي يقدم قول المدعي بيمينه ـ وبالجملة كل يمين يحلفها المدعي بأصل الشرع لابالرد ـ نلتزم بكون اليمين في تلك الموارد حجة مستقلة في عرض البينة .

وأما وجه القولين :

(فوجه الأول) أن يمين المدعي يمين على الاثبات وطريق شرعي له الى ثبوت الحق عند الحاكم . مثل سائر الموارد المقبول فيها قول المدعي بيمينه ، الأأن الفرق أن اليمين في تلك الموارد حجة مستقلة لمساعدة أدلتها للتخصيص وهنا في حكم البينة . اذ الخصم معترف بأنها على تقدير كونها حجة مثبتة للحق، فلابد أن تكون مثل البينة وليست حجة مستقلة والا عاد الكلام الى المقام الاول ، والمفروض أن التنازع في أنها مثل اليمين أو البينة لابد أن يكون بعد التسالم على الحصر . فاذا كانت حجة على المدعي على ثبوت الحق فلا جـرم يكون مثل البينة .

(ووجه الثاني) ان هذه اليمين ليست على حد سائر الايمان الثابتة بأصل الشرع للمدعي بل هي يمين المنكر المردودة اليه . ورد اليمين في قوة الاقرار بالحق . فكأنه مقر والاكان يحلف ولم يردها على المدعي .

وهذا وان كان وجهاً اعتباريا الا أنه يصلح سرا للحكم المنصوص عليه .

---

(١) الوسائل ج ١٨ ب ١ من ابواب كيفية الحكم ح ٦ .

والصواب أن يقال في وجه الثاني : ان الامر بالتصديق المأمور به في النبوي المتقدم « من حلف لكم بالله فصدقوه »[1] يجعل يمينه في حكم الاقرار ، فان المنكر مأمور بتصديقه بعد رد اليمين ، والتصديق والاقرار بمعنى ، والحاكم أيضاً مأمور بترتيب آثار التصديق المأمور به . فيكون حال اليمين المردودة حال الاقرار في الآثار الشرعية وحال المدعي حال المقر له .

وجوابه : ان تصديق الحالف اذا أخذنا بظاهره أفاد وجوب ترتيب آثار المصدق به لا آثار نفس التصديق ، نظير مفاد أدلة تصديق العادل ، فهو على خلاف الظاهر ، يعني كون اليمين بمنزلة البينة أولى .

[عدم تمامية أدلة سقوط الدعوى مع النكول]

والتحقيق أن اتمام ماذكروه من الحصر بحسب القواعد اللفظية مشكل ، لان العمومات القاضية بالحصر قابلة للتخصيص . وأدلة اليمين غير ناظرة الى مدلول تلك العمومات حتى تكون مفسرة للبينة بل منافية لها ومعارضة لعمومها . ولو سلم فغاية الامر الشك في كونها مخصصة أو جاعلة لليمين بمنزلة البينة ، ومقتضى الشك الرجوع فيما يخالف القاعدة من أحكام البينة الى الاصول والقواعد . وكذا اقامة الدليل اللفظي على كونها بمنزلة البينة أو الاقرار أشكل .

والذي يقتضيه التأمل أن يقال في وجه الحصر : ان أمر اليمين في الواقع مردد بين كونها بمنزلة البينة في الاحكام الثابتة لها من حيث كونها حجة شرعية مثبتة للحق وبين كونها بمنزلة الاقرار كذلك ، لاشتمالها على التزام المنكر بقول المدعي بعد اليمين .

توضيح ذلك : ان اليمين المردودة قد اجتمعت فيها جهتان : جهة حكاية

(١) الوسائل ج١٨ ب٩ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

عن الواقع وكشف عنه نظير كشف الادلة الاجتهادية الحاكمة على الاصول ، وجهة التزام من طرف المدعي الراد . لان وضع رد اليمين ومبناه على التزام الراد - وهو المنكر للحق - على تقدير حلف المدعي اليمين مثل الالتزام الذي هو في الاقرار . غاية الامر ان المقر المخبر عن الواقع ملتزم بالحق المقر به منجزاً والمنكر الراد ملتزم به معلقاً على حلف المدعي . فان كان الشارع لاحظ جهتها الاولى في جعلها حجة مثبتة للحق فلابد أن تكون مثل البينة من الاحكام المجعولة لها من حيث كونها حجة لامن حيث كونها بينة ، فان كان من الاحكام مالا يعقل انسحابه الى غير البينة ولو كانت شرعية مثل الترجيح بالاعدلية ونحوها عند التعارض حيثما تلاحظ المرجحات ، ومثل الجمع بين البينتين اذا كانت شهادة أحدهما على المدعي بالتصريح والتنصيص والاخر على خلافه بنحو الاطلاق والظهور القابل للجمع مع الاول ، فان مثل هذه الاحكام لايعقل ثبوتها لليمين على تقدير كونها حجة شرعية كالبينة كمالايخفى . ولعل الاصحاب المرددين لها بين الامرين لايريدون ترتيب مثل هذه الاحكام على تقدير كونها بمنزلة البينة، كما سيظهر ذلك من بعض ماسنشير اليه .

وان كان الشارع قد لاحظ جهتها الثانية فلابد أن تكون مثل الاقرار في الاحكام الثابتة له من جهة كونها التزاماً بالحق لاالاحكام الثابتة له من جهة كونها اقرارا مثل كونه مكذبا للبينة التي يقيمها بعد الاقرار . فانه من خواص ذات الاقرار . وحينئذ فيبطل كثير من الفروعات التي ذكروها ثمرة للنزاع :

مثل ماذكروه فيما لو أقام المدعى عليه بينة على رد المال المدعى به بعد حلف المدعي اليمين المردودة من أنها لو كانت بمنزلة الاقرار لم تسمع كما لا تسمع فيما لو أقر بعدم الرد ولو كانت بمنزلة البينة على عدم الرد مثلا سمعت وقضي له . اما لتقديم بينة الاثبات على بينة النفي وكذا على مافي حكمه ، أو لان اليمين

المردودة اذاكانت بمنزلة البينة لم تكن تنفع من المدعي في المقام لكونها بينة على النفي ، وغير ذلك .

وجه البطلان : أنه لوقيل بأن اليمين مثل الاقرار لم يترتب عليها عدم قبول البينة بعدها ، لانه من خواص ذات الاقرار باعتبار كونه تكذيباً للبينة ، فلا وجه لجريان مثله في اليمين أيضاً .

ومثل ماذكروه أيضاً من عدم الاحتياج الى حكم الحاكم لو كانت بمنزلة الاقرار بخلاف مالوكانت مثل البينة .

فان هذه الثمرة أيضاً لاتخلوعن اشكال ، لان عدم احتياج الاقرار الىحكم الحاكم يمكن القول بأنه من خواص ذات الاقرار ، لانه سببلارتفاع الخصومة والتشاجر ، وعدم الاحتياج الى الحكم لعله لاجل ذلك لا لامر تعبدي ثابت في الاقرار ، وحينئذ نقول : الظاهر أن الشارع لاحظ جهـة كونه حجة كاشفة عن الواقع في مقابل الاصول لوجهين : أحدهما ان مقتضى تصديق الحالف المأمور به ترتيب آثار الصدق لا آثار التصديق كما نبهنا عليه آنفا ، والثاني ان ظاهر رواية استخراج الحقوق بالاربعة المشار اليها كون اليمين بمنزلة البينـة في اثبات الحق . واستخراجه بقرينتين :

الاولى ـ ان ظاهر الاستخراج كونها حجة ، فانه لو كان بمنزلة الإقرار لم يتحقق بسببها الاستخراج ، بل المنكر باعتبار نكوله عن اليمين فقد سبب الى ثبوت حق المدعي ، بل الامر في الاقرار الحقيقي أيضا كذلك ، كما ذكرنا في البحث عن الاقرار ، لانه سبب لارتفاع الخصومة ، وأسباب ارتفاع الخصومة ليست أسبابـاً للمدعي في استخراج حقه . لان صدق الاستخراج يتوقف على بقاء المنكر على انكاره حتى يكون المدعي بواسطة اقامة حجـة عليه مستخرجاً لحقه ، وهو واضح .

والثانيـة ـ ان قرينة المقابلة تقتضي ماذكرنا . لان اليمين المردودة آخر الاربعة ، والثلاثة السابقة عليها كلها حجج للمدعي مثل البينة والشاهد واليمين ورجل وامرأتان .

لايقال: قبل اليمين المردودة ذكرت في الرواية يمين المنكر ، وهي ليست حجة في شيء بل أمراً قاطعاً للخصومة. فتكون اليمين مثلها لامثل ماقبلها من الثلاثة .

لانا نقول : يمين المنكر ذكرت في الرواية توطئة لذكر اليمين المردودة لأصالة ، بأن تكون بياناً لميزان القضاء .

[معنى كون اليمين بمنزلة البينة]

ثم الظاهر أن كونها بمنزلة البينة انما هو بالنسبة الى المتخاصمين كما صرح به الشهيد في القواعد لابالنسبة الى من عداهما. لان ذكر اليمين في مقام استخراج الحق لايزيـد مؤداه على كونها حجة من حيث استخراج الحق لاحجيته في اثبات المدعى بقول مطلق كالبينة ، والامر بالتصديق أيضاً على تقدير دلالته على ترتيب آثار الصدق دون التصديق لايدل على أمر زائد على ترتب الصدق من الحجية المزبورة .

ودعوى ان قرينة المقابلة تقتضي كونها مثل البينة . مدفوعة بأنه لولا مايدل على حجية البينة مطلقاً من الادلة والعمومات . لما حكمنا بمقتضى هذه الرواية الواردة في مقام التنازع على أزيد من الحجية في حق المتخاصمين في البينة أيضاً ، وحينئذ فلا ينتزع العين المتنازع فيهـا من المنكر بعد حلف المدعي اذا كانت العين في يد ثالث . لانها حجة بالنسبة الى المنكر خاصة .

وفائدتـه التغريم للحيلولة اذا كان الثالث متلقياً للعين من المنكر ، فلو ادعى عيناً أقربها المدعى عليه لغير المدعي ونكل عن اليمين فحلف المدعي لم ينتزع

العين من يد المقر له ، لانها ليست مثل البينة بالنسبة الى الغير أيضاً بل بالنسبة الى خصوص المدعى عليه ، وفائدته حينئذ تغريمه قيمة العين للحيلولة .

فلو قلنا بأنها مثل الاقرار مبني على كون الاقرار المسبوق بالاقرار لاخر سبباً لضمان القيمة للحيلولة ، فمن يقول به كان كما اذا قيل بكونها مثل البينة فلاثمرة ومن لا يقول بـه خرجت المسألة عن موضع احلاف المنكر ، لان الاحلاف لايجوز فيما لو أقر الحالف لم يترتب على أثره اقرار ، بل من القواعد المقررة عندهم أن الحلف محله مالو أقر الحالف ينفع اقراره .

ومن هنا اتجه أن يقال: بناءا على هذا القول - أي القول بعدم فائدة للاقرار الثاني - لم ينفع القول بكونهـا مثل البينة أيضاً اذا كانت المماثلة بالنسبة الى خصوص المتخاصمين ، لانه اذا خرجت المسألة عن مورد الاحلاف باعتبار عدم نفع الاقرار فلايكون مورده باعتبار كون اليمين المردودة بمنزلة البينة .

والحاصل انهم في مورد الاحلاف ذكروا للفرق بيـن الحاقها باليمين أو بالبينة ثمرات ،وهو انما يتم لو كانت مثل البينة مطلقاً حتى في حق غير المتخاصمين ، اذ لو لم تكن حجة الا في حقهما لم يكن فرق بين القولين الا أن يجعل الاحلاف وعدمه من ثمرات المسألة ، كما جعله الشهيد في القواعد ، فانه ذكر فيها أربع عشرة ثمرة اكثرها يرجع الى ذلك ، وحاصله : انه لو قلنا بأنها مثل البينة ولو من حق المتخاصمين احلف المقر ، وفائدته النكول وحلف المدعي ثم التغريم ، وان قلنا بكونها مثل اليمين لم يحلف الا اذا كان للاقرار فائدة .

[الادعاء على من يقر بغير مايدعيه المدعي]

ومن فروع المسألة أيضـاً ما لو ادعى زوجية امرأة مقرة بالزوجيـة لغير المدعي ، فعلى القول بأنها مثل الاقرار لم تحلف الا على القول بتغريم الاقرار

الثاني . وأما على القول بكونها مثل البينة أحلفت على أي حال، وفائدته رجاء النكول وحلف المدعي ثم تغريمها المهر .

وظاهر كلمات الاصحاب المفروغية عن أنها ليست مثل البينة بقول مطلق حتى في حق غير المتخاصمين ، يعلم ذلك من كلماتهم في أبواب الفقه .

وهذا الشهيد الثاني قال فيما اذا ادعى الاثنان عيناً في يد ثالث فأقر لاحدهما فلاخر احلاف ذي اليد، فان نكل وردها الى المدعي غرم قيمة نصف العين. ولم يفصل بين مالو قيل بأن اليمين المردودة مثل البينة أو مثل الاقرار ، مع انها لو كانت مثل البينة في حق غير المتخاصمين أيضاً لم يتجه الاحلاف في تغريم النصف، لان التغريم لايتم على القول بأنها مثلها مطلقاً . لان مقتضى ذلك استرداد نصف العين من يد الاخر المقر له .

ومثله المحقق في التداعي . فانه صرح في بعض فروعه بأن فائدة اليمين المردودة على القول بأنهـا مثل الاقرار التغريم لااسترداد العيـن . لكن ظاهر المحكي عن الدروس أنها لو كانت مثل البينة أثرت أثرها مطلقاً حتى بالنسبة الى غير المتخاصمين ، حيث قال : انها – أي اليمين المردودة – كالاقرار فلا ينفذ في حـق غيره ، وقيل كالبينة . وهو بعيد . فان مقابلة القول بأنهـا مثل البينة في مقابل القول بأنها مثل الاقرار الذي لاينفذ في حـق غيره ، صريح أو ظاهر في أنها على تقدير كونها مثل البينة تنفذ في حق غيرهما أيضاً .

ومثله العلامة في باب النكاح فيما لو ادعى اثنان زوجية امرأة فصدقت أحدهما، أنها لو ردت اليمين الى الاخر فحلفت انتزعت من الاول الثاني .

فان قلت : اذا كان لليمين المردودة جهتان جهة الاثبات وجهة الالتزام فلم لايلتزم بمقتضى الجهتين حتى يكون قسماً ثالثاً . فيلتزم بترتيب آثار البينة من حيث كونها حجة مثبتة وبآثار الاقرار من جهة اشتمالها على التزام المنكر بالحق

ولو تقديراً. نعم اذا كان بين مقتضاهما تناف ـ بأن يكون مقتضى كونهما مثل البينة عدم ترتيب حكمه ومقتضى كونه بمنزلة الاقرار ترتيبه أو بالعكس ـ توقف ويرجع الى مقتضى القاعدة ، وبهذا تكون اليمين المردودة قسماً ثالثاً .

قلت : هذا القول ساقط بعد ماقررنا ، لان أحكام ذات البينة من حيث أنها بينة لامن حيث كونها حجة مثبتة قد عرفت عدم قابلية ثبوتها لليمين ، وكذلك أحكام ذات الاقرار وبقية أحكامها نلتزم بثبوتها فيها .

قولك : فتكون قسماً ثالثاً .

قلنا : ان أرادوا كونها مثل البينة أنها كذلك في جميع الاحكام ، وكذا من كونها مثل الاقرار فهذه قسم ثالث ، وان أرادوا المماثلة في كونهـا حجة مثبتة للحق في حق المتخاصمين خاصة فهو الحاق لها بالبينة لا بالاقرار .

[ثمرة كون اليمين مثل البينة]

ثم ان الثمرة بين كونها مثل البينة في حق المتخاصمين خاصة أو مثل الاقرار . كالمعدومة . لان الاحكام التعبدية الثابتة للاقرار قد عرفت ثبوتها لها من حيث كونها اقراراً ، فلا تنسحب الى اليمين لعدم مساعدة الدليل وكذا أحكام البينة ، فيبقى من الثمرة ما أشرنا اليه ناقلا له عن الشهيد من الاحلاف وعدمه في كثير من الصور .

لكنا نقول: بأنها مثل البينة في كونها حجة مثبتة بالنسبة الى المتخاصمين، ولانرى لهذه الثمرة أيضاً وقعاً ومحلا ، وذلك لان المقام : قد يكون من مورد اليمين والبينة معاً. وهذا لافرق بين كونه بينة أو اقراراً،لان فائدتها على التقديرين ثبوت الحق بالنسبة الى المنكر ولا ينفذ على غيره . وقد يكون من موارد البينة دون الاقرار ، كالموارد التي لايترتب على اقرار المنكر ثمرة ، مثل ما أشرنا

اليه من مسألة الاقرار بعد الاقرار على قول الشيخ القائل بعدم نفوذ اقراره الثاني لعدم قابلية المحل ، فنقول :

قولك : انها لو كانت مثل الاقرار خرجت المسألة عن مورد الاحلاف ، لان فائدته الرد ثم حلف المدعي ، فاذا كان حلفه بمنزلة اقرار المدعى عليه وقع لاغياً ، لعدم نفوذ اقراره حينئذ .

قلنا : نحن نقول حينئذ أنها سواء كانت بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البينة يحلف المدعى عليه هنا . وفائدته الرد لعموم أدلة اليمين المردودة . فلا يلزم من القول بكونه مثل الاقرار في كونه ملزماً عدم الاحلاف هنا لفرض عموم الادلة .

والحاصل ان شئت اجعلها مثل البينة أو الاقرار ، فمقتضى العموم هنا الاحلاف فلا ثمرة بين جعلها كالبينة أو كالاقرار ، فانه ان أريد من جعلها كالاقرار سقوط الاحلاف في مثل المقام فهو ممنوع للعموم .

[الحلف من موارد الاقرار لا البينة]

وقد تكون المسألة من موارد الاقرار دون البينة فحينئذ يثمر الخلاف ، فانها لو كانت بمنزلة البينة لم ينفع العموم ، لان العموم انما ينفع اذا كان المقام صالحاً لاقامة المدعي الحجة ، فاذا فرض عدم قبولها البينة التي هي أقوى الحجج المثبتة لم ينفع عموم مادل على أن اليمين حجة مثبتة لحق المدعي ، فيتوقف الاحلاف حينئذ على القول بكونها مثل الاقرار .

لكنا نمنع وجود مثل هذه الصورة ، بأن ينفع فيها اقرار المدعى عليه ولا ينفع فيهـا حجة المدعي . وماذكروه مثالا لهذه الصورة محل مناقشة ، فانهم جعلوا من هذا الباب ما لو ادعى البائع مرابحة زيادة الثمن عما أخبر بـه أولا وأنكر المشتري وادعى عليه البائع العلم ، فان بينة البائع على مايدعيه من الثمن

غير مسموعة. لان اخباره السابق مكذب لها، بخلاف اخبار المشتري وتصديقه للبائع فانه ينفع .

وفيه : انا نمنع عدم سماع بينة البائع حينئذ على وجه الاطلاق. وتوضيحه : ان البائع اما أن يقيم البينة على زيادة الثمن ، واما أن يقيمها على علم المشتري بها ، واما أن يقيمها على خطأه في الاخبار الاول . والاخبار السابق انما يكذب بينتها في الصورة الاولى. وفي هذه الصورة يمكن منع سماع يمينه أيضاً، لان حال اليمين وحال البينة في شرط عدم التكذيب سواء ، فلو حلف حلفاً قد سبق منه تكذيبه أمكن القول بعدم اعتبار هذا الحلف شرعاً حتى يكون مثل اقرار المدعي . لان قيام الحلف منزلة الاقرار انما يكون في اليمين بعد اعتبارها ، ومن شرائط اعتبارها عدم تكذيب الحالف لها . ولذا لو أقر المنكر بعد الحلف وكذب نفسه بطل أثر اليمين كما مر . ولافرق في التكذيب بين لاحقه وسابقه .

وأما الصورتان الاخيرتان فلامانع من سماع البينة فيهما خصوصاً الاخيرة ، اذ البينة على علم المشتري بالثمن لايكذبها الاخبار السابق .

ولاريب أن كون اليمين المردودة بمنزلة البينة أو بمنزلة الاقرار انما هو بالنسبة الى متعلق الاقرار لا شيء آخر . فاليمين على القول بكونها بمنزلة الاقرار كالبينة بالنسبة الى متعلق الاقرار على القول الاخر لا بالنسبة الى شيء آخر ، وعلى تقدير كونها بمنزلة الاقرار تكون في المسألة بمنزلة اقرار المشتري بالعلم بالزيادة وعلى تقدير كونها بمنزلة البينة تكون بمنزلتها بالنسبة الى علمه أيضاً لا بالنسبة الى شيء آخر . ومن الواضح أن البينة على علمه ليس يكذبها الاخبار السابق .

وبالجملة نمنع عدم نفع اقامة البينة في المسألة لو قلنا بنفع الاقرار ، وحينئذ نتمسك بعموم أدلة اليمين ونخرجه في مثل المقام أيضاً. وبذلك تنعدم الثمرة رأساً.

وصار ملخص الكلام : انا نعمل بعموم أدلة اليمين ونحلف المدعى عليه

مطلقاً ونجري عليها حكم الحجة المثبتة للحق بالنسبة الى خصوص المتخاصمين لامطلقــاً كما هو خيرة العلامة . سواء كان في هذا اختيار كونها قسماً ثالثاً أو الحاقها بالبينة من حيث كونها حجة مثبتة .

تـذنيب

[نكول المدعي عن اليمين المردودة]
[ونكول المدعى عليه على القضاء بالنكول]

نظير هذا النزاع يتصور في نكول المدعي عن اليمين المردودة ونكول المدعى عليه على القول بالقضاء بالنكول ، فيقال في الاول هل هو بمنزلة اقرار المدعي أو بمنزلة يمين المنكر ، وفي الثاني هل هو بمنزلة اقرار المدعى عليه أو بمنزلة يمين المدعي المردودة .

ولعله يتفرع عليه بعض الثمرات التي توهم ترتبهـا على النزاع في اليمين المردودة ، والاصحاب لم يتعرضوا في النكولين لما قلنا .

والكلام النافع فيهما أن يقال : بأن القدر الثابت من الادلة في الموضعين سقوط الدعوى في مجلس الدعوى ، وقوله عليــه السلام « فلاحق له »[1] في نكول المدعي أو نكول المنكر على القول به وان كان يترائى في بادىء الرأي دلالته على عدم سماع البينة بعده ، فيكون مثل اقرار الناكل مثلا .

لكنه ليس كذلك ، لما أشرنــا اليه فيما سبق من أن نفي الحق في مقــام المخاصمة لايزيد مؤداه على سقوط الدعوى في ذلك اليمين ، وأما سقوطهــا على وجه لاينفع بعده اقامة البينة فلابد فيه من التماس دليل آخر ، كاستصحاب ورواية كما في يمين المنكر .

هذا ، وتأمل بعد ذلك في الاخبار وكلمات الاخيار . والله الهادي الى الصواب .

التقاط

[نكول المدعى عن اليمين والرد معاً]

اذا رد المنكر اليمين الى المدعي وحلف فقد عرفت الكلام فيه ، وان نكل عن اليمين والرد ففي عدم القضاء بالنكول الابعد رد الحاكم اليمين الى المدعي أو القضاء بالنكول ؟ قولان مشهوران أشهرهما الاول ، وهو قضية الاصل في المسألة من وجوه ، لاصالة عدم جواز القضاء وعدم صحته ، بمعنى ترتب أثر المقصود من القضاء .

وربما تمسك بأصالة براءة ذمة المنكر عن الحق بدون حلف المدعي ، وأما معه فهو المتفق عليه ، أو عن الحلف . وليس بوجه .

أما الاول : فلان اشتغال ذمة المنكر واقعاً لايختلف بسبب اليمين المردودة وعدمها كما لايخفى ، واشتغال ذمتها ظاهرا ـ بمعنى وجوب دفع الحق ـ فهو تابع لشرعية القضاء بالنكول وصحته ، وقد عرفت أن قضية الاصل عدمها .

وأما الثاني : فلان وجوب الحلف عليه ليس وجوباً تكليفياً يدفع بالاصل كما لايخفى .

(حجة القول الاول) بعد الاصول عموم الادلة الدالة على انحصار موازين القضاء في البينة بالمعنى الاعم والايمان، منها الرواية المتقدمة القاضية بانحصار استخراج الحقوق في الاربعة التي ليس منها نكول المنكر عن اليمين والرد معاً .

وهذه أظهرها دلالة، لاباء سياقها عن التخصيص رأساً، حتى لو ثبت شيء غيرها فلابد من ارتكاب تمحل غير التخصيص، اما بادراجه تحت شيء من الاربعة

ولو بضرب من التوسع والتسامح أو بحملها على الغالب المتعارف الشائع .

توضيحه : ان سياق الرواية آب عن التخصيص ، وأما التخصص فلا ، فاذا ثبت شرعية استخراج حق المدعي بشيء غير داخل تحت الاربعة مثل اليمين في الموارد التي ثبت فيها بأصل الشرع لا بالرد مثل ضمان قبول قوله بيمينه، فلابد فيه من تمحل يرجع الى التخصص لا التخصيص ، كأن يقال المراد بالحقوق أمور معهودة أو الحقوق مخصصة بغير تلك الحقوق التي تستخرج بيمين المدعي الغير المردودة . فان تخصيص الحقوق غير تخصيص الرواية ، لان تخصيص الرواية تصرف في المحصور فيه ، وهو الذي يأبى عنه سياقها ، وأما تخصيص الحقوق فهو تصرف في المحصور .

أو يقال : ان المراد بالاستخراج الغالبي لا مطلقاً ، فيكون كارتكاب التخصيص في الحقوق في سلامة المحصور فيه .

أو يقال : ان ذلك شيء داخل تحت أحد الاربعة ، ويجعل ذلك الدليل القاضي بكونه من موازين القضاء دليلا على ذلك حفظا للمحصور فيه عن التخصيص ، لان الالحاق الموضوعي لاينافي بقاء العموم بحاله .

فان قلت : من جملة الاربعة اليمين المردودة التي يردها المنكر دون الحاكم وهو أمر خامس ، ومن يقول بالقضاء بالنكول يجعله أيضاً خامس الموازين ، فالرواية غير واردة عليه . بيانه : ان القاضي بالنكول لايجعله سادس الموازين بل خامسها . ومقتضى الرواية أيضاً كون الموازين خمسة ، لان الميزان الرابع فيها اليمين المردودة من المنكر ، فاذا أضيف اليها المردودة من قبل الحاكم صارت الموازين خمسة . فالرواية لابد من الخروج عن ظاهرها بالتزام ميزان آخر يكون خامس الموازين ، وذلك الميزان الخامس عند القاضي بالنكول هو النكول وعند غيره هي اليمين المردودة .

قلت : لانسلم أن الرواية غير باقية على ظاهرها ، لان الميزان الرابع فيها ليس سوى اليمين المردودة ، وكونها مردودة من الحاكم لامن المنكر لايجعلها قسماً آخر حتى يزيد الميزان على الاربعة ، لان يمين المدعي هي يمين المنكر ، سواء جاء من قبل المنكر أو من قبل الحاكم .

ولو سلم فتنزيل المردودة من المنكر منزلة المردودة من قبل الحاكم ابقاء لظاهر الحصر بحاله ، لما عرفت من أن التنزيل والالحاق الموضوعي غير مناف لبقاء الحصر على ظاهره ، خصوصاً مثل هذا التنزيل الذي هو بمكان من القرب الى الاعتبار .

والحاصل ان الالتزام بكون النكول ميزاناً للقضاء لايجامعه الحصر المستفاد من الرواية كمالايخفى ، بخلاف التزام كون اليمين المردودة التي يردها الحاكم ، فان ذلك غير مضر بالحصر تحقيقاً أو تنزيلا ـ فافهم .

ومنها ـ حديث «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان»[1] . ودلالته واضحة ، لان نكول المدعي خارج عنهما معا بخلاف اليمين التي يردها الحاكم لانها داخلة في الثاني .

ودعوى أن المراد بالايمان هي يمين المنكر لا المدعي . ممنوعة بدليل قبول قول المدعي في بعض الموارد بيمينه .

ودعوى خروجها بالدليل . ليس بأولى من حمل الايمان على مايعم يمين المدعي . مضافاً الى أنا ندعي أن اليمين المردودة هي يمين المنكر ، سواء كان الراد هو المنكر أو الحاكم .

ومنها ـ ماروي ان أحكام المسلمين على ثلاثة : بينة عادلة ، ويمين قاطعة ،

(١) الوسائل ج١٨ ب٢ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

وسنة جارية[1]. أي القرعة. والنكول خارج عن الثلاثة ـ الى آخر ما عرفت هنالك.

وغير ذلك مما دل على حصر حجة المدعي في البينة وخلاص المنكر عن أداء الحق باليمين .

وقد يستدل على المطلوب أيضاً برواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي . قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق ، فان لم يفعل فلا حق له[2] .

وأجاب عنها في المسالك بضعف سندها بقاسم بن سليمان وضعف دلالتها أيضاً بظهورها في كون المراد هو المنكر ، لان صيغة « يرد » ان قرئت معلوماً رجع الضمير المستتر فيها الى المنكر بقرينة رجوع الضمير المستتر في المعطوف عليه ـ أعني يستحلف ـ اليه ، فيكون المراد هو المنكر لا الحاكم . وان قرئت مجهولا كان المراد هو الحاكم ، لعدم استتار ضمير فيها حينئذ ، وظاهره الاول .

واستدل أيضاً برواية هشام عنه عليه السلام « يرد اليمين على المدعي »[3].

والعمدة هي العمومات .

وحجة القول الثاني أيضاً روايات عامة وخاصة :

منها ـ قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على المنكر »[4] .

استدل به في المسالك وغيره ، وتقريب الاستدلال حسبما مرت اليه الاشارة: ان الفقرة الثانية باعتبار تعريف المسند والمسند اليه تفيد قضيتين عامتين ، احداهما ان كل يمين على المنكر ، والثانية أن كل منكر عليه اليمين كما مرت اليه الاشارة سابقاً. ومقتضى عموم القضية الاولى عدم القضاء بيمين المدعي ، لان يمين

(١) الوسائل ج١٨ ب١ من ابواب كيفية الحكم ح٦ .

(٢) الوسائل ج١٨ ب ٧ من ابواب كيفية الحكم ح٢ .

(٣) الوسائل ج ١٨ ب٧ من ابواب كيفية الحكم ح٣ .

(٤) الوسائل ج١٨ ب ٣ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢ .

المدعي ليس يمين المنكر،فليست بيمين شرعاً بحكم عكس نقيض القضية ،أعني كل ماليس على المنكر ليس بيمين ، خرج عن عمومها يمين المدعي اذا كان المراد هو المنكر ، وأما غيرها فلادليل .

لايقال: عدم القضاء بيمين المدعي لايستلزم المطلوب. وهو القضاء بالنكول، لجواز عدم القضاء رأساً وايقاف الدعوى أوحبس المنكرحتى يفعل أحدالامرين أو الامور من اليمين أو الرد أو أداء الحق .

قلنا :مفروض البحث وجوب القضاء في صورة النكول اماقبل الرد الى المدعي أوبعده، فاذا ثبت بمقتضى العموم عدم القضاء باليمين تعين القضاء بالنكول .

وفيــه :

أولا : ان قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » مسوق لبيان وظيفتهما في ابتداء الامر . فالوظيفة الاولية للمدعي هي اقامة البينة، فلا يكلف ابتداءاً الا بها ، وكذا وظيفة المنكر الاولية هي اليمين ، فلايطالب الا بها . وأما وظيفتهما الثانوية ـ بمعنى وظيفة المدعي مع عدم اقامة البينة ووظيفة المنكر مع عدم الحلف ـ فهو ساكت عن بيانها . فلابد من التماس دليل آخر في صورة نكول المنكر عن اليمين أو عدم اقامة المدعي البينة . ومن هنا يعلم أن القضاء باليمين المردودة من قبل المنكر أيضاً ليس تخصيصاً في عمومها .

وثانياً : ان القضاء بالنكول من دون رد اليمين الى المدعي تخصيصاً زائداً في عكس الفقرة الاولى ، لان مقتضى عكسها بحكم تعريف المسند ان كل مدعى عليه البينة بمعنى عدم الحكم له الا بهـا خرج عنها اليمين اذا ردها المنكر أو الحاكم بالاتفاق . وأما النكول المجرد عن الرد فلا .

لايقال: لانسلم خروج اليمين اذاكان الراد هو الحاكم . لانه أول الدعوى ، والقاضي بالنكول لايقول به ، فالامر يدور بين خروج النكول أوخروج اليمين

عن العموم ، لا أن خروج اليمين اتفاقي وخروج النكول مشكوك فيه .

لانانقول :المراد ان القضاء بالنكول يتصور على قسمين :أحدهما القضاء به بعدرد الحاكم اليمين. وهذا اتفاقي. لان الفريقين كليهما يقولان به. أماالقائل بالرد فواضح وأما القاضي بالنكول فهو أيضاً يقضي حينئذ ولو كان لاجل النكول لا لاجل اليمين . فقرضنا من الاتفاق أن النكول الذي يتعقبه الرد قد خرج عن عموم القضاء بالاتفاق . سواء كان الخارج هوالنكول المجرد أوالمتعقب بها ، وأماالنكول الذي لايتعقبه رد فالقضاء به مشكوك ، ومقتضى ماذكرنا من العموم عدم القضاء .

والحاصل ان القضاء باليمين يستلزم تخصيصاً في أصل الفقرة الاخيرة ، والقضاء بالنكول يستلزمه في عكس الفقرة الاولى . وأحد التخصيصين ليس بأولى من الاخر .

الا أن يقال : ان القضاء باليمين كما يستلزم تخصيصاً فيأصل الفقرة الاخيرة كذلك يستلزم تخصيصا في عكسها ، لانه اذا اعتبرنا في القضاء الرد فلازمه أن يقضي للمنكر اذا نكل المدعي عن اليمين المردودة . والقضاء بنكول المدعي تخصيص في عكس الفقرة الاخيرة ، لان قضية عكسها أن لايتخلص المنكر الا باليمين . على التقريب الذي عرفت فيعموم الفقرة الاولى أصلاًوعكساً . فالامر يدور بين التخصيص والتخصيصين . والاول أرجح . فيثبت القضاء بالنكول ويسقط اشتراط الرد .

لايقال: القضاء بنكول المدعي ممالاكلام فيه . فهوخارج عن عموم عكس الفقرة الاخيرة بالروايات السابقة . فهو لازم على أي تقدير .

قلت : نكول المدعي عن اليمين اذا كان المراد المنكر غير نكوله اذا كان

المراد الحاكم. والاجماع لوكان فانما هوعلى القضاء بالاول دون الثاني. فالقضاء به تخصيص آخر في عكس الفقرة الاخيرة .

ومنها ـ رواية البصري عبدالرحمن بن أبي عبدالله على مافي محكي الكافي والتهذيب قال : قلت للشيخ ـ يعني موسى بن جعفرعليه السلام ـ خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بماله . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه . وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لااله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف والا فلاحق له . لانا لاندري لعله قد أوفاه ببينة لانعلم موضعها أوبغير بينة قبل الموت . فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة ، فاذا ادعى ولابينة فلا حق له. لان المدعى عليه ليس بحي . ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه . فمن ثم لم يثبت عليه حق[1] .

دلت بصدرها وذيلها على القضاء بمجرد عدم حلف المدعى عليه من دون اشتراطه برد اليمين : أماالصدر فهوقوله « وان لم يحلف فعليه » ، فانه يدل على ثبوت الحق عليه بمجرد عدم الحلف من دون اعتبار أمر آخر .

وأورد عليه بوجوه :

« الاول » ان سند الرواية ضعيف لاشتماله على ياسين الضرير .

« والثاني » ان متنها مختلف ، لانها بعينها مروية في الفقيه وليس فيهاقوله « وان لم يحلف فعليه » بل« وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلاحق له» . وعلى هذا فلامساس لها بالمدعي . واختلاف المتن عيب في الرواية يسقطها عن الاعتبـار .

« والثالث » ان ظاهرها مقيد لامحالة، للاجماع على عدم ثبوت الحق على

(١) الوسائل ج١٨ ب٤ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

المنكر بمجرد عدم الحلف، بل لابد معه من أحد أمرين : أما رد اليمين وحلف المدعي ، أونكوله عن الرد أيضاً. والاستدلال انما يتم لوكان القيد المقدر ولم يرد ، وهو ممنوع لاحتمال نكوله وحلف المدعي . والحاصل ان التقدير لازم، فالمقدر اما لم يرد فيكون المعنى ان المدعى عليه ان لم يحلف ولم يرد ـ أي نكل عن الرد ـ فعليه الحق أوحلف المدعي. والمعنى أنه ان لم يحلف وحلف المدعي فعليه الحق. والاستدلال يتم به على الاول، وأما على الثاني فهي دليل على عدم القضاء بالنكول كما لايخفى .

وهذه الوجوه كلها مردودة :

(أما الاول) فلان ضعف السند مع حصول الوثاقة وسكون النفس غير معيب على الرواية . والرواية مما رواه المشائخ الثلاثة ، فهي مجمع على روايتها وان كان في متنهما نحو اختلاف . مع أن الرواية مأخوذة من كتاب احمد بن محمد بن عيسى ، وهو بمكان من الاتقان والصداقة في الرواية حتى أمر باخراج البرقي من قم لكونه يروي عن الضعفاء. مع أنها معمول بها عند الكل في الجملة، وهو جابر لسندها . ولايشترط في جبران السند بالعمل عمل الاصحاب بجميع فقراتها . نعم ذاك شرط في جبر الدلالة ، فيتقدر الانجبار بمقدار العمل .

(وأما الثاني) فلان مثل هذا الاختلاف لايضر، لعدم رجوعه الى التكاذب والتعارض . لامكان الجمع . بأن كان الكليني « رد » قد أسقط بعض فقرات الرواية وأسقط الفقيه البعض الاخر . وكان ماذكره كل منهما هو الذي أسقطه الاخر ، فيؤخذ بهما معاً خروجاً عن ظاهر كل منهما بنص الاخر . فان عدم تعرض الكليني لما رواه الصدوق من الفقرة ظاهر في عدم كونه من الرواية لكن صريح الصدوق كونها منها ، فيكون التعارض بينهما تعارض النفي والاثبات ،

وكذا عدم تعرض الصدوق لما في الكافي ظاهر في عدم كونه من الرواية لكن الكافي مصرح بكونها منها .

والحاصل ان هذا الاختلاف بمنزلة روايتين غير متعارضتين، فيعمل بهما معاً ويثبت المطلوب . ولهذا جمع الشيخ الحر في الوسائل بينهما، فروى الرواية جامعة لهما ، وصورة ما عن الوسائل هكذا : وان حلف فلا حق له ، وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه[1] .

وأوردها بعض مشائخنا أيضاً في جواهره على وجه الجمع بين الفقرتين لكن بعكس ترتيب الوسائل ، فراجع اليه . والحاصل ان ما صنعه في الوسائل في محله .

ومن العجائب ما عن بعض نسخ الوسائل من روايتها على طور رابع ، وصورته : وان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه وان حلف فلا حق له . وكيف كان فالعمل بهما معاً لا مانع منه .

ثم لو بني على التعارض سقطت عن الاستدلال للاجماع ، وقد يرجح الفقيه لكون الصدوق أضبط .

(وأما الثالث) فلان التقدير في المقام غير لازم ، بل المقام مقام دوران الامر بين التقييد بالاقل والاكثر ، وذلك لان اطلاق « وان لم يحلف فعليه » يشمل صوراً : أحدها ما اذا لم يحلف ولم يرد بأن يكون ناكلا عن اليمين وردها ، وثانيها ما اذا لم يحلف ورد اليمين وحلف المدعي. وثالثها ما اذا ردها ولم يحلف المدعي .

والصورة الاخيرة خارجة عن تحت الاطلاق قطعاً، اذ ليس في هذه الصورة شيء على المنكر جداً . والصورة الثانية باقية تحت الاطلاق ، لانه اذا حلف

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

المدعي ثبت على المنكر الحق . والصورة الأولى مشكوك فيها ، والقاضي بالنكول يدعي بقاءها تحت الاطلاق أيضاً والقائل بعدم القضاء يقول بخروجها، فالمقام مقام التقييد بالاكثر أو الاقل لامقام التقدير ودوران المقدر بين الامرين .

وأما ذيل الرواية فهو قوله عليه السلام « وليس المدعى عليه بحي ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه ». وجه الدلالة : ان مقابلة الزامه بالحق للحلف ولرد اليمين ظاهرة أو صريحة في أن المدعى عليه اذا لم يحلف ولم يرد الزم بالحق من غير اعتبار أمر آخر .

ودعوى ان المراد الالزام بالحق بعد رده اليمين على المدعي. خروج عن ظاهر المقابلة ، وبعد رد الحاكم تقييد بلا دليل .

وقد يناقش في دلالتها بسبب اجمال « يرد » لاحتمال كونه مبنيا للمجهول فيسقط عن الاستدلال، لان مفاد الرواية حينئذ أن المدعى عليه يكلف أولا باليمين وان أبى فبالحق ، وان أبى فالحاكم يرد اليمين الى المدعي ويقضي بعد حلف المدعي .

ويبعده أمران :

أحدهما ـ ان مقابلة الالزام بالحق لرد الحاكم لامعنى له ، للاجماع على أن الحاكم ليس مخيراً بين الالزام بالحق من دون الرد الذي هو عبارة أخرى عن القضاء بالنكول وبين الرد . ومجرد تكليفه بأداء الحق من غير الزام ليس بمعنى الالزام في شيء .

والثاني ـ انه ان قرئ مجهولا لم يكن في الكلام قرينة مقالية أو مقامية تدل على المدعي الذي هو مرجع لضمير « عليه » . فالكلام يخرج الى حد الغلط، بخلاف ما لو قرئ معلوماً فان الضمير المستتر فيه يرجع الى المدعى عليه ، وهو يكون بمنزلة سبق ذكر المدعي ـ فافهم .

هذا مع احتمال أن يكون عبارة الحديث « برده اليمين » بالموحدة ، فيكون مفعولا بالواسطة لالزم .

ثم ان الالزام باليمين أوالحق أوالرد يحتمل معنيين : أحدهما كونه في مقام انشاء الحكم الشرعي ، فالمعنى ان حكم الله حينئذ الالزام بأحد الامور ، والاستدلال به حينئذ واضح. لان القضاء بالنكول هوالالزام بالحق اذا لم يرد . والثاني أن يكون مسوقاً لبيان الواقع ، بمعنى أن المدعى عليه لوكان حياً لكان يلزمه أحد الامور . لأن الالزام بأحدها وظيفة الحاكم .

ووجه لزوم أحد هذه الامور للمدعى عليه الحي : هو أن وظيفته شرعاً الحلف أو رد اليمين . فيلزمه الحاكم بأحدهما ويقهره عليهما الا أن يختار أحدهما . فمتى لم يختر شيئاً فهو في عقوبة الحاكم والزامه الى أن يفك نفسه ويتوصل الى خلاص نفسه مع التمرد منهما برد الحق ، فلزوم الامور المذكورة له ليس لاجل كون الالزام بأحدهما حكم الله تعالى ، بل لان حكمه تعالى هو الالزام باليمين أو الرد .

لكن قد ينجر الامر الى أن المدعى عليه لايحلف ولايرد ولكن يخلص نفسه بدفع الحق . فقوله « الزم اليمين » الخ بيان لما ينتهي اليه أمر المدعى عليه الحي ولو باختيار نفسه . وعلى هذا يثبت القضاء بالنكول أيضاً، لان رد الحاكم يمنع عن لزوم أحد هذه الامور ، اذ ربما ينكل عن اليمين فيسقط حقه ، فلابد من القول بعدم الرد محافظة للحصر .

لايقال: القضاء بالنكول غير دفع المدعى عليه الحق تخلصاً عن اليمين والرد .

لانا نقول : «أولا» انه يبطل القضاء بالرد كما عرفت ، واذا بطل ذلك ثبت القضاء بالنكول ، لاتفاق الفريقين على أنه لابد من القضاء . «وثانياً» ان القضاء

بالنكول لايقصد منه سوى اخراج الحق بدون الرد ، وهو بعينه مايدل عليه الرواية ـ فتأمل .

ومنها ـ رواية الاخرس : سأل محمد بن مسلم الصادق عليه السلام عن الاخرس كيف يحلف؟ قال : ان أمير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين وغسلها وأمره بشربها ، فامتنع فألزمه الدين[1] .

وظاهرها الالزام بدون رد اليمين والا لنقل ولزم تأخير البيان عن وقت الحاجة . مضافاً الى ظهور كلمة الفاء في « فألزمه الدين » على تعقيب الالزام للامتناع بلامهلة فتخلل اليمين بينهما .

ودعوى ان حكاية الحال مجملة لاتصلح للاستدلال . ساقطة في مثل المقام المسوق لجواب السؤال ، خصوصاً اذا كان الحاكي هو الامام عليه السلام .

لكن يمكن المناقشة فيها بوجه آخر ، وهو ان الاجماع قائم على عدم القضاء بمجرد الامتناع عن الحلف . بل لابد معه من أحد أمرين : اما النكول عن رد اليمين أو اليمين المردودة . فلابد من الالتزام باهمال المكاتبة وعدم اشتمالها على تمام ميزان القضاء ، فتكون مجملة .

ولايوجه بما وجهنا به الاستدلال بقوله « ولايحلف » في رواية البصري ، تضعيفاً لورود مثل هذه المناقشة الذي توهمه بعض الاجلاء كما لايخفى .

هذا مدرك القول الثاني ، ومع ذلك فالقول الاول لم يبعد ، لما تقدم . والله العالم .

تذييل

[مستثنيات عدم القضاء بالنكول]

قد استثنى الاصحاب من مسألة عدم القضاء بالنكول على القول به مواضع ،

---

(١) الوسائل ج١٨ ب٣٣ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

وظاهر الاستثناء كما في المسالك[١] القضاء به فيها على القول بعدم القضاء به مطلقاً: منها دعوى التهمة وقد تقدمت ، ومنها دعوى الوصي مالا لليتيم ، ومنها دعواه على الورثة ايصاء الميت مالاللفقراء . والضابط كل موضع امتنع رد اليمين الى المدعي لمانع عقلي أو شرعي ، ولعله يأتي انشاء الله تعالى بيان ذلك المانع الشرعي أو العقلي في المواضع المشار اليها .

ويمكن أن يستدل على الاستثناء بوجوه :

(منها) أن فصل الخصومة في تلك المواضع مما لابد منه ، لعموم الايات والاخبار الامرة بالحكم بماأنزل الله تعالى الدالة على سماع الدعوى . مضافاً الى مافيه من المحافظة على عدم ضياع الحقوق الذي هو الداعي الى شرعية أصل القضاء والى ظاهر اتفاقهم على ذلك .

ولو قيل بتوقيف الدعوى عند تمرد المنكر من الحلف على القول بعدم القضاء بالنكول، واذا ثبت سماع الدعوى فيهافلابد من القضاء بالنكول، اذ على تقدير عدمه لايترتب على السماع فائدة اذا لم يكن للمدعي بينة ، لان الحاكم لايقدر حينئذ الزام المنكر بشيء، فان غاية ماله ان يقول له « احلف وان شئت لاتحلف فليس عليك شيء » ، ومن المعلوم أن ذلك عين عدم سماع الدعوى .

فان قلت : نمنع وجوب سماع الدعوى فيها مع عدم البينة ، لان أوامر الحكم بماأنزل الله تعالى متخصص بحكم العقل بما اذا كان هناك ميزان للحكم . ومن هنا لايسمع الدعوى على الميت أو الصغير . وبالجملة كل موضع ليس المدعى عليه قابلا للاحلاف اذا لم يكن للمدعي بينة وليس في هذه المواضع بعد فقد البينة ميزان للحكم . لان يمين المنكر على تقدير كونها ميزاناً فانما هي في صورة امكان الرد لامطلقاً ، لظاهر قوله عليه السلام « استخراج الحقوق بالاربعة » التي ليس منها القضاء بالنكول بدون الرد .

---

(١) واعلم انظاهر المسالك الاستثناء من الرد لامن القضاء بالنكول - فافهم «منه».

قلت : أولا كلامنا مع الجماعة الذين رأوا سماع الدعوى مع عدم القضاء بالنكول وايقاف الدعوى. وثانياً انه لادلالة في الرواية على انحصار ميزان القضاء في الاربعة مطلقاً بل في الموارد التي يمكن فيها الرد .لانها مسوقة لبيان الموازين التي هي تحت قدرة المدعي استظهاراً من لفظ « الاستخراج » كما يظهر وجهه بالتدبر . ولو سلم الاطلاق ففيما يأتي دلالة على التقييد بصورة امكان الرد .

(ومنها) قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[1]، لان ظاهر الفقرة الاخيرة ـ كما مر غير مرة ـ حصر وجود خلاص المنكر وانفكاكه من قيد الدعوى في اليمين ، فلو لم يحلف لم يتخلص ، فتخلصه موقوف بعد عدم أداء الحق على اليمين ، فحيث لايحلف الزم بالحق ، خرج منه صورة نكول المدعي عن اليمين المردودة مع امكان الرد وبقي الباقي .

فان قلت : ظاهر الفقرة الاولى أيضاً حصر حجج الدعوى وأسباب استخراج حقه بالبينة . خرج منه اليمين المردودة أو نكول المدعى عليه عن رد اليمين على القضاء بالنكول . وأما نكوله عن اليمين مع عدم النكول عن الرد باعتبار عدم امكانه فلا دليل على خروجه .

قلت : أولا انا ندعي بقرينة كلمة « على » انها لاتدل الا على انحصار حجج المدعي التي هي تحت قدرته واختياره كالبينة ونحوها في البينة . وأما ماهو خارج عن اختياره كنكول المنكر فلايندرج في عموم المحصور ـ فافهم وتأمل. وثانياً انا نجمع بين الفقرتين ونقول: أما المدعي فليس له حجة في هذه المواضع على اثبات حقه . وأما المنكر فليس له خلاص أيضاً الا باليمين . ويترتب عليه أن المنكر اما أن يحلف أو يؤدي الحق أو يحبس تحقيقاً لمعنى حصر خلاصه في اليمين ـ فتأمل .

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢ .

(ومنها) قوله عليه السلام في رواية البصري المتقدمة « وان لم يحلف ـ أي المنكر ـ فعليه الحق »، فان غاية مايرد على اطلاقه تقييده برد الحاكم اليمين الى المدعي مع امكانه وأما مع عدمه فلا .

فان قلت : هذا معارض بمافي الروايات الاخر من أن المدعي اذا لم يحلف فلا شيء له .

قلت : المراد عدم الحلف مع الرد لامطلقاً ، خصوصاً مع ملاحظة مافي بعض الروايات ، حيث أن فيها بدل ولم يحلف « وان أبى عن الحلف أو امتنع »، فان ظاهر الاباء والامتناع أو صريحهما عدم الحلف فيما له أن يحلف لافيما لا يجوز له الحلف لمانع شرعي أو عقلي .

(ومنها) أن سير الموازين الشرعية للقضاء والتأمل فيها يقضي باعتبار نكول المنكر عن اليمين ميزاناً للقضاء أيضاً، لانه أمارة نوعية على اشتغال الذمة ، مثل نكول المدعي عن اليمين المردودة ونكول المنكر عن الرد على القول بالقضاء به . فيكون نكول المنكر عن اليمين أيضاً كذلك ـ فتأمل .

(ومنها) ماسبق في المسألة السابقة من الروايات الواردة في خصوص موضع الدعوى تهمة الذي يندرج في مفروض المسألة . كقوله عليه السلام في الصائغ والاجير : ان اتهمته فاستحلفه لعله يستخرج منه شيئاً .

وجه الدلالة :انه لولا القضاء بالنكول فلايترتب الاستخراج على الاستحلاف، لان المدعي ان حلف وان لم يحلف فلايلزم عليه شيء على هذا القول .

ودعوى ان احتمال الاستخراج لرجاء الاقرار بسبب الاستحلاف مدفوع : أولا بأن الخارج بسبب الاقرار لايصدق عليه عنوان المستخرج . وثانياً ان رجاء الاقرار من الاستحلاف على تقدير عدم القضاء بالنكول لاوجه له. لان الاستحلاف انمايجدي في الاقرار اذا كان الامتناع من الحلف تعظيماً لله تعالى متوقفاً عليه. وأما

اذا لم يكن متوقفاً عليه ولاعلى دفع الحق بل يتحقق مع عدمهما أيضاً فلا وجه للرجاء المزبور . الأن يقال:ان الاستحلاف في الرواية محمول على الاستحلاف في غير مقام الحكومة ، فتدبر .

هذه وجود يمكن توجيه الاستثناء بها بمعنى الحكم بالقضاء بالنكول على القول بعدمه في غير المقام ، ولكن للمناقشة في الكل أو الجل نظر . ولو قيل بالحبس حتى يقر أويحلف كان أوجـه ، وان كان لايقاف الدعوى رأساً أيضاً وجه ، ولكن القول بسقوط حق المدعي نظراً الى اطلاق ماسمعت من أنه اذا لم يحلف فلا شيء له ، بمكان من الضعف والسقوط . والله العالم .

التقـاط

[لايستحلف المدعي لوأقام بينة تثبت حقه]

اذا أقام المدعي بينة قابلة لاثبات الحق لم يستحلف اذا كان المدعى عليه حياً عاقلابالغاً حاضراً . بلاخلاف موجود أومحكي، عملا بالروايات المصرحة به المعتضدة بمقتضى قاعدة كون البينة حجة مستقلة والعمومات الحاصرة لتكليف المدعي في البينة .

وما ورد في بعض الروايات من وصية علي عليه السلام لشريح برد اليمين الى المدعي مع اقامة البينة لكونه أجلى للعمى[1] . محمول على مالو انقلب المنكر مدعيـاً فاستحلفه ، أو على ما اذا كانت الدعوى على غيـر الجامع للاوصاف المزبورة .

ولافرق في ذلك بين مااذا شهدت البينة على سبب الحق واستصحبه الحاكم ــ على القول بجوازه ــ أو شهدت بالحق الفعلي اتكالا على الاستصحاب . وان

(١) الوسائل ج١٨ ب٨ من ابواب كيفية الحكم ح٤ .

كان احتمال عدم ثبوت الحق واقعا قائما وانتفاؤه مما لم يتفرع على البينة في الصورتين ، فان هذا الاحتمال مع فرض حجية البينة في الصورتين لايعتنى به بحيث يوجب توقف الحكم بالاشتغال الفعلي على ضم اليمين بالبينة. للاجماع المحقق على أن المنكر اذالم يستحلف المدعي يثبت الحق بالبينة في الصورتين، فلو لااتمام الحجة بمجردها لزم الحلف طلبه المنكر أو لم يطلب استكمالا للحجة.

ودعوى أنه اذا لم يطلب وسكت فسكوته دليل على اعترافه بعدم حصول البراءة على فرض وجود السبب ، فيؤخذ بمقتضى ظاهر سكوته في مقام البيان ، بخلاف ما اذا ادعى البراءة الفعلية . وان كان احتمالا وجيهاً الا أنه مجرد تخريج لادليل عليه .

فثبت أن قيام الحجة على السبب يكفي في اثبات الحق الفعلي ولايعتنى معها على احتمال البراءة الفعليـة ، سواء ادعاها المنكر أم لم يدع . نعم له دعوى الابراء أو الاداء أو نحوهما مما يوجب انقلاب المنكر مدعياً ، فيسمع حينئذ قوله ويستحلف المدعي حينئذ لكونه منكراً، بلاخلاف ظاهر فيه بين الاصحاب . وعليه نزل في كشف اللثام قول العلامة « ولو التمس بعد اقامة البينة عليه ــ أي على الحق ــ احلاف المدعي على الاستحقاق اجيب » يعني انه لو التمس الاحلاف بعد دعوى مايوجب انقلاب المنكر مدعياً كالابراء والاداء لادعوى البراءة الفعلية وعدم الاستحقاق الفعلي ، فانه لاينطبق الا على الاحتمال المزبور الذي لادليل عليه ، ونعم التنزيل . وبه يجمع بينه وبين ماقال بعده « ولو التمس المنكر يمين المدعي مع الشهادة لم يلزم اجابته » فانه لولاه لتناقض القولان جدا .

هذا اذا كان المدعى عليه حياً . وأما اذا كان ميتاً فيستحلف على المشهور ، لما في رواية عبدالرحمن البصري وقد تقدم ذكرها برمتها في المسألة السابقة(١).

(١) الوسائل ج١٨ ب ٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

وفيها : وان كان المطلوب بالحق قدمات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو قد مات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف والا فلا حق له ، لانا لا ندري لعله قد وفاه ببينة لا نعلم موضعها أو بغير بينة قبل الموت ، فمن ثـم صارت عليه اليمين مع البينة ـ الحديث .

وهذه الرواية لا شيء عليها دلالة وسنداً ، لان يس الضرير الذي ضعفت الرواية لاجله وكونه مجهولا يتبين حسن حاله من كون الرواية مأخوذة من كتاب احمد بن اسحاق القمي لانه كان لا يروي عن الضعفاء بل كان يأمر باخراج من دأبه ذلك من قم مثل محمد بن خالد البرقي كما أشرنا اليه سابقاً .

مع أن المناط عندنـا ليس على وثاقـة الراوي وعدالته . بل على الظـن الاطميناني بالصدور الذي يتحقق غالباً من عمل جملة من الاصحاب فضلا عن عمل الجل أو الكل . فالعمل بها في مواردها لا كلام فيه وانما الكلام في تنقيح العلة والغاء بعض الخصوصيات التي اشتمل عليها العلة ، مثل كون المدعي أصيلا لا وكيلا أو وصياً أو وليـاً وكون المدعى به ديناً وكون المدعى عليه ميتاً وكون الاحتمال المنفي باليمين احتمال حصول البراءة في حياة المدعى عليه لا في مماته ، وكون احتمال البراءة ناشئاً من حصول مبرئة بعد الاشتغال لا من احتمال فساد السبب الذي شهد به الشهود كالاقرار للتورية ، والعقد الفاقد لبعض الشروط المخفي على الشاهدين ، وكون الحجة خصوص البينة لا الشاهد واليمين وما في حكمهما وكون البراءة حاصلة من فعل الميت كما يقتضيه قوله «وفاه» لا من ابراء المدعي أو وفاء الاجنبي ونحو ذلك مما لا يخفى .

[الاشارة الى مواضع تلغى فيها خصوصيات العلة]

وبالجملة في العلة خصوصيات لا خلاف ولا اشكال في الغائها وخصوصيات

في الغائها اشكال أو خلاف، فههنا مقامات لابأس بالاشارة اليها مفصلا ليرجع فيما يشك في الغائه واعتباره الى الاصل وهو عدم الاعتبار :

(فمن الاولى) كون المدعي والمدعى عليه رجلين على مايقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ ، اذ الظاهر عدم اعتبار الرجولية لافي المدعي ولافي المدعى عليه اجماعاً .

(ومنها) كون الاحتمال المنفي باليمين احتمال وفاء الميت في حال حياته ، اذ الظاهر عدم العبرة به أيضاً . فلو علم عدم وفائه واحتمل ابراء المدعى له في حال حياتــه أو وفاء الغير عنه تبرعاً أو مع الاذن كالوكيل أو احتمال شيء من المسقطات وأسباب براءة ذمة الميت في حال حياتــه وغيرها توجهت اليميــن الاستظهاري أيضاً . بنفي ذلك كله .

ولامدخلية لخصوصية وفاء الميت. وان كان هو مقتضى الجمود على ظاهر اللفظ، وحينئذ فيكون قوله عليه السلام« ولعله قد وفاه »كناية عن مطلق المبرىء للذمة ، مثل قول القائل « لاأبرح عن هذا المكان حتى يؤذن المؤذن » .

(ومن الثانيــة) كون البراءة المحتملة هي البراءة حال الحياة . فلو علم بموته مشغول الذمة واحتمل حصول البراءة بعد الموت فانه محل الاشكال والتأمل في المسالك وغيره ، والجمود على صريح الرواية اختصاص الحكم باحتمال البراءة في حال الحياة . فيرجع مع القطع بعدمه الى القاعدة التي أشرنا اليها من عدم اعتبار ضم اليمين ولو احتمل حصولها بعد الموت .

وجه الاشكال : انه ينبغي النظر في أن اعتبار اليمين هنا هل هو من جهة توقف ثبوت الدعوى على اليمين المنضمة الى البينة . بأن تكون البينة باعتبار عدم نهوضها باثبات الاستحقاق الفعلي الا باعمال الاستصحاب ناقصة محتاجة في

اثبات الفعليـة الا دفع احتمال البراءة الواقعية باليمين أو من جهة مراعاة احتمال دعوى الميت البراءة لو كان حياً .

وعلى الاول يتعدى في الحكم عما يقتضيه ظاهر اللفظ ويحمل التقييد باحتمال الوفاء في حال الحياة على الغالب ، لان الغالب عدم حصول البراءة بعد الموت الا بأداء الوارث ويؤخذ باطلاق الحكم . كما هو الشأن في كل قيد جرى مجرى الغالب . فيقال : ان قوله « فعلى المدعي اليمين » مطلق واختصاص العلة بما اذا كانت البراءة المحتملة في حال حياته محمول على الغالب ، وهو تسالم الوارث مع المدعي ببقاء الحق فعلا على تقدير موته وعليه الحق ، فلا يؤثر في تقييد المطلـق .

وعلى الاخير يقتصر في الحكم على ظاهر العلة ويقال : ان اليمين هذه انما شرعت لدفع احتمال ما للميت أن يدعيه لا النقصان في هذه البينة على خلافها في غير الدعوى على الميت .

توضيحه : انه اذا ثبت الحق عند الحاكم ببينة عادلة فللمدعى عليه دعاوي مسموعة : أحدها دعوى جرح الشهود . وهذه يقوم بها أولياء الميت . وثانيها دعوى الابراء أو الوفاء مع البينة ، وهذه تدفع بالاصل . لاصالة عدم الحجة على الاحتمال المزبور . وثالثها دعوى أحدهما أو بما يقرب منهما في حصول براءة الذمة بلا بينـة ، وهذه لا يترتب عليها سوى توجيه اليمين الى المدعي . فجعل الشارع الحاكم نائبا مناب الميت في استحلاف المدعي مراعاة لجانب الميت .

ومثله اليمين في الدعوى على الغائب على القول بها ، فانها اليمين التي لو كان المدعى عليه حاضراً لطلبها . واليه أشار الشيخ في محكي المبسوط حيث قال : ان المدعى عليه الغائب لو حضر وادعى جرح الشهود أو اقامة البينة على

التأدية فهو على حجته . وان ادعى مايتوجه عليه اليمين فيقول الحاكم اني قد استحلفته نيابة عنك . وعلى هذا فلا معنى للاستحلاف لاجل احتمال حصول البراءة بعد الموت . اذ ليس للميت دعوى ذلك حتى يقوم الحاكم مقامه في الاستحلاف .

والحاصل ان الدعوى على الشخص في مماته تنزل منزلة الدعوى عليه في حال حياته . ويراعى حينئذ جانب الميت باستحلاف المدعي دفعا لاحتمال أنه لو كانت الدعوى في حال الحياة فربما كان يتوجه اليمين الى المدعي . ومن الواضح أنه لو كانت الدعوى في حال الحياة لما كان له ادعاء حصول البراءة بعد الممات وانما يكون ذلك لو نزل الميت بمنزلة الحي في حال الدعوى كما لا يخفى .

وفرق واضح بين تنزيل الدعوى في حال الممات منزلة الدعوى حال الحياة وبين تنزيل المدعى عليه الميت منزلة الحي ، وادعاء حصول البراءة بعد الموت انما يتعقل منه على الثاني دون الاول . نعم للوارث دعوى البراءة بعد الموت واحلاف المدعي . ولا كلام فيه .

ويمكن ترجيح الاحتمال الثاني بظاهر العلة بعد حملها على العلة الحقيقية دون الصورية التي هي في قوة القضية الكلية . وجه الدلالة : ان قضية التعليل في كلمات المعصوم لابد أن يكون بالامور المعلومة المفروغ عنها أو المأنوسة عند المخاطب . فان التعليل لحكم تعبدي توقيفي بأمر توقيفي غير معلوم للمخاطب ولا مأنوس قبل مستهجن جدا الا فيما كان الغرض منها بيان قاعدة كلية دون العلة ، مثل أن يقال « زيد وارث عمرو لانه ابنه » . وهذا لايتم على تقدير كون المراد بقوله عليه السلام « لانا لاندري » ابداء احتمال البراءة كما يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ . لعدم صلاحية احتمال البراءة الواقعية لان تكون علة للاستحلاف الا من باب أخذ أصل العلة أيضاً أخذ المسلمات ، وهو كما ترى بمكان من القبح لعرائه عن الفائدة .

[فرض دعوى الميت البراءة لو كان حياً]

وأما لو قولنا بأن المراد به ابداء احتمال دعوى الميت للبراءة على تقدير الحياة كان تعليله من الامور المعلومة المفروغ عنها، لان دعوى البراءة بعد ثبوت سبب الاشتغال مستتبعة شرعاً لتوجه اليمين الى المدعي بحيث يعلمه كل أحد .

واذا كانت الدعوى المزبورة حكمها الاستحلاف حسن تعليل وجوب الاستحلاف استظهارا عند احتمالها على تقدير الحياة ، وان كان تعليل أصل الاستحلاف بالاحتمال المزبور غير مستحسن، لان الحكم ببعض آثار الشيء اذا كان على وجه الاحتياط جاز تعليله باحتمال وجود ذلك الشيء. والذي لايحسن تعليله بمجرد الاحتمال التقديري انما هو الحكم بـه لا على وجه الاستظهار والاحتياط .

توضيح المقام : ان الاستحلاف هنا بعد قيام البينة الاستصحابية خروج عما تقتضيه عمومات البينة وقاعدة الاستصحاب . فلابد من تعليله اذا علل بعلة غير مطردة في جميع مجاري الاستصحاب وأغلب مجاري البينة ، فان التعليل بعلة مطردة مع عدم اطراد الحكم مستهجن جداً . وحينئذ فان كان المراد بقوله «لانا لاندري » الخ . تعليل الاستحلاف باحتمال البراءة الواقعية كان تعليلا بالعلة المطردة مع عدم اطراد الحكم ،لان هذا الاحتمال قائم في الدعوى على الحي أيضاً مع عدم الاستحلاف هنا كما عرفت ، بخلاف مالو قيل ان المراد تعليله باحتمال دعوى الميت البراءة ، فان العلة حينئذ تختص بمورد الحكم وما يضاهيه من موارد قيام هذا الاحتمال كالدعوى على الغائب وأخواته ويحسن بذلك التعليل ويكون مرجعه الى مراعاة الاحتياط في اعمال موازين القضاء، كما أن الاول يرجع الى الاحتياط في الحكم باشتغال الذمة الذي يقتضيه البينة بضميمة الاستصحاب .

ومن الواضح أن ايجاب الاحتياط في الحكم بالاشتغال مع اقتضاء الاستصحاب خلافه أمر غير معهود، فلايحسن تعليله بأمر يكون مثله في الغرابة، أعني احتمال البراءة الواقعية .

وأما ايجاب الاحتياط في استعمال موازين القضاء بالجمع بين البينة واليمين مراعاة لاحتمال دعوى لايترتب عليها سوى الاستحلاف ، أمر مأنوس بالاذهان كأنه من الامور المعلومة عند المخاطب .

ويمكن استفادة ذلك أيضا من قوله « أو بغير بينة » ، اذ لو كان المقصود ابداء احتمال البراءة الذي يجري في جميع الموارد كفى في ذلك قوله «ببينة» ، فيعلم من ذلك أنه عليه السلام أراد بقوله «بغير بينة» ابداء احتمال يستتبع الاستحلاف أذ لو كان قد وفى بغير بينة فليس له سوى الاستحلاف .

وبالجملة فرق واضح بين قولنا «يجب الاستحلاف لاحتمال البراءة الواقعية» وبين قولنا « يجب لاحتمال دعوى البراءة » ، فان الاول تعليل ركيك مخالف لقاعدة حجية البينة والاستصحاب والثاني غير مخالف لشيء منهما، أمر مأنوس بالاذهان كأنه أمر معلوم ،لان دعوى البراءة على تقدير فعليتها بعد ثبوت الاشتغال مستتبعة للاستحلاف جـداً ، وعلى تقدير كونها تقديرية يناسبهـا الاستحلاف استظهارا ، ومرجعه الى الاحتياط والاخذ بالاوثق في استعمال ميزان القضاء ، لان الاحتياط في كل شيء بحسبه .

والاحتياط في اعمال الموازين هو مراعاة جميع الدعاوي المحتملة واستعمال مايناسب كل منها من الموازين حتى يكون الحكم جامعاً للميزان على كل تقدير كما في المقام . فان المدعى عليه لو كان حياً فاما يعترف بالحق أو يدعي البراءة الاصلية أو يدعي البراءة الطارئة بعد الاشتغال ببينة أو يدعيها بغير بينة . وعلى جميع التقادير يقع الحكم موقعه، أما على الاول فواضح وأما على الثاني فلان

دعوى البراءة الاصليـة لايلتفت اليها للبينة القائمة على أصل الاشتغال ، وكـذا على الثالث، لان الفرض عجزه عن اقامة البينة وكذا عجز الحاكم أو الوارث ، وأما على الاخير فيلتفت الى دعواه ويستحلف المدعي، فاذا حلف المدعي مع البينة كان الحكم بما يدعيه حكما جامعا لجميع ماتيسر من موازين القضاء .

ثم ان المراد بقوله « لانا لاندري لعله وفى » ابداء احتمال دعوى البراءة الحاصلة قبل الموت كما هو صريح الرواية . فلايتعدى الى احتمال دعوى البراءة الحاصلة بعد الموت . وان كان هذا في حسن التعليل مثل الاول .

مضافاً الى أن الانسان اذا مات مشغول الذمة كان دعوى بقاء الاشتغال الى زمان الدعوى ادعاء على الورثة ، فيعامل معها حينئذ مايعامل مع الدعاوي على الاحياء، فلاوجه لاستحلاف المدعي مع عدم ادعاء الوارث للبراءة، ومع الادعاء فلااشكال ولا كلام في الاستحلاف لكونها دعوى صحيحة مسموعة يترتب عليها الاستحلاف مع عدم البينة .

[بعض ثمرات قول المدعى « لاندرى »]

ثم انه لايذهب عليك مابين الوجهين من الفروع والثمرات، فانها كثيرة جدا:

(فمن الثمرات) أنه لو قيل بالوجه الاول ـ أعني كون المقصود من قوله « لاندري لعله وفاه » تعليل الاستحلاف بابداء احتمال البراءة ـ لم يسقط الحلف اذا شهدت البينة بالاشتغال حال الموت . اذ الفرض على هذا الوجه عدم صلاحية البينة المجردة لاثبات الحق على الميت . بل لابد من ضم اليمين بها حتى يكونا معاً حجة تامة ، فلابد من الاستحلاف أيضا دفعاً للاحتمال المخفي على الشهود تكملة للبينة . وأما لو قيل بالوجه الثاني سقط الحلف جدا . لان الشهود اذا شهدت بالاشتغال في حال الموت لم يلتفت الى دعواه البراءة ، لمصادمتها للشهـود .

(ومنها) أنه لو كان المدعي على الميت لم يتمكن من الحلف كالوكيل بدون دعوى العلم عليه أو الوصي أو الولي سقط الحلف على الثاني. لان الحلف اذا كان وجهه الاحتياط في ميزان القضاء ولدفع ما للميت أن يدعيه على تقدير الحياة، اختص بما اذا كانت على تقدير فعليتها مؤثرة في الاستحلاف ، لان مزية الفرع على الاصل لامعنى لها. فاذا فرضنا أنه لو كان حيا وادعى البراءة لم يكن له استحلاف المدعي فكيف يستحلفه الحاكم مراعاة لتلك الدعوى .

وأما على الاول فلايسقط. لان اليمين شرعت حينئذ تكملة للبينة وجزء من الحجة، فاذا تعذرت نقصت الحجة ويوقف الدعوى. وهذا معنى عدم السقوط .

وبعبارة أخرى : اذا قلنا بالوجه الثاني فاليمين شرط اختياري واذا قلنا بالاول فهو شرط مطلقاً .

(ومنها) لو فرض أن المدعي ممن لايجوز له أن يحلف على البت كالوارث : فعلى الاول يسقط الحلف ويوقف الدعوى . لان اليمين المذكورة في الرواية يمين على الاثبات والاشتغال الواقعي . فاذا قلنا ان يمين المدعي لدفع احتمال البراءة الواقعية تكملة للبينة فلا وجه للعدول عنها الى اليمين على نفي العلم اذا تعذرت على البت . بل غاية الامر ايقاف الدعوى لنقصان الميزان . وأما على الوجه الثاني ثبت الحلف وتم القضاء . لان الغرض من هذه اليمين لما كان دفع دعوى محتملة دارت من حيث كونها على البت وعدمه مدار الدعوى ، فان كانت في موضع يترتب عليها فيه اليمين على البت توجهت كذلك على المدعي والا فعلى نفي العلم .

(ومنها) مسألة الدعوى على الغائب والمجنون والصغير والمغمى عليه ونحوهم فانها متفرعة على الوجهين : فعلى الاول لاوجه لالحاقهم بالميت ، لان عدم حجية البينة بالاستقلال بل مع اليمين في خصوص الدعوى على الميت لايستلزم عدم الحجية في الدعوى على غيره أيضاً ، فلاوجه للالحاق . وأما على

الوجه الثاني فلماكان مبناه على كون اليمين لدفع الدعوى فلاجرم يطرد في كل مقام يقوم فيه احتمال الدعوى .

ومن الثانية أيضاً كون المدعى به ديناً . مقتضى الجمود على ظاهر الرواية اختصاص الحكم به وعدم التعدي الى العين بقرينة « وفاه » . فان ضميره الذي هو بمنزلة مفعوله الاول يرجع الى الرجل المدعى ومفعوله الثاني وهو الحق محذوف . والمعنى وفى الرجل حقه ، وتوفية الرجل حقه ظاهر بل صريح في كون ذلك الحق ديناً ، لان تأدية العين لايطلق عليها التوفية، يقال وفيت الرجل أوأوفيته اذا أديت دينه . اما لان الوفاء عبارة عن اعطاء مافي الذمة وابرائهاعما عليها من الحق أو لان الوفاء اذا بني على باب التفعيل أو الافعال ونسب الى الشخص فيراد به الخروج عن عهدة دينه لاعينه .

لكن يمكن الغاء خصوصية الدين أيضاً، نحو الغاء خصوصية مباشرة الميت للتوفية بذوق الفقاهة . لانه المعيارفي مثل المقام . والا فلاضابطة لذلك بل الامر يدور مدار الحدس ، فكما قلنا لامدخلية لخصوصية التوفية بل لو احتمل ابراء المدعي أو وفاء الاجنبي وجب الاستحلاف أيضاً ، فكذلك نقول ان خصوصية الدين أيضاً ملغاة . اذ المدار على قيام احتمال دعوى الميت لو كان حيا دعوى يترتب عليها الاستحلاف . وهو في العين أيضاً موجود . فان الميت لو كان حياً فربماكان يدعي انتقال العين التي أقام المدعي على استحقاقها البينة ويستحلف.

المدعي والحاصل ان المسألة غامضة ، والمدار على حدس الفقيه القاطع بالغاء خصوصية الدين .

(ومنها) كون حجة المدعي خصوص البينة على مايقتضيه الجمود على ظاهر الرواية أيضاً . لكن الظاهرعدم الفرق بينها وبين سائر الموازين كالشاهد واليمين ورجل وامرأتين ، وهل يعتبر تعدد الحلف بناءاً على التعدي في الاول

أم يكفي يمين جامعة بين الحدوث والبقاء كما ذكره العلامة في محكي ؟ وجه العـدم :

انهما مترتبان ،لان اليمين الاولى جزء من الميزان للدعوى الاولى واليمين الثانية لدفع الدعوى الثانية المحتملة بعد الفراغ عن الدعوى الاولى،فلابد أولا من فصل الدعوى الاولى باليمين ثم تقدير دعوى أخرى ثم اليمين . وهذا مثل مالو انقلب المنكر مدعيا واستحلف ، فان اليمين هذه لتأخر رتبتها عن الدعوى الاولى التي كان فيها منكرا لايستحلف قبل طي الدعوى الاولى ، فعدم كفاية اليمين الجامعة ليس لان الواحدة لاتقوم مقام الاثنتين بل لما بينهما من الترتيب الرتبي .لكن الاظهر الكفاية لان الترتيب انما هو بين الدعويين لابين ميزانيهما ، فلو فرض كون احداهما فعلية والاخرى تقديرية جاز اجتماعهما واجتماع ميزانيهما .

ومنه يعلم الوجه في عدم جواز الحلف قبل دعوى الابراء اذا كان المدعى عليه حياً ، لان الدعويين المترتبتين المتحققتين لايجتمعان جداً فلا يجمع بين ميزانيهما . وليس هذا من باب تداخل اليمين ، لان الحلف بأمور متعددة ينحل الى الايمان المتعددة ، ولذا لوقال « والله لافعلن كذا وكذا وكذا » وحنث بترك الكل كان عليه ثلاث كفارات .

(ومنها) كون احتمال البراءة ناشئا من احتمال حصول المبرئ بعد سبب الاشتغال اذاكان المدعى به دينا أوحصول الناقل بعد سبب الملكية اذاكان عيناً ، لامن احتمال فساد السبب كالتورية في الاقرار وفساد الشرط في العقد ونحوهما، فان التعدي عن الاول الذي هو مورد التعليل الى الثاني أيضا مبني على حدس الفقيـه .

ولابعد فيه بناءاً على مااستظهرنا من التعليل من كون الغرض من اليمين دفع الدعوى المحتملة لادفع احتمال البراءة ، فانه اذاكان الاحتياط في ميزان القضاء

بمراعاة الدعاوي المحتملة واجباً على القاضي دار الحكم مدار تقدير دعوى يترتب عليه الاحلاف . سواء تعلقت بالرفع بعد حصول السبب أوبالدفع بأن تتعلق بأصل السبب وتجعله غير مؤثر .

[الدعوى على الحي الذى لالسان له حين الدعوى]

هذا كله في الدعوى على الميت ، وأما التعدي منه الى الحي الذي لالسان له حين الدعوى كالغائب والمجنون والصغير والمغمى عليه ونحوهم فقد تقدم في ذكر ثمرات الوجهين المزبورين أنه على الوجه الثاني الذي استظهرنا لا اشكال في التعدي . وأما على الوجه الاول فقد قلنا ان التعدي مشكل .

لكن الاظهرعدم الفرق بين الوجهين في المقام وان كان التعدي على الوجه الثاني أوضح ، لان قوله عليه السلام « لانا لاندري لعله وفاه » علة منصوصة تجري في كل مقام يقوم فيه احتمال الوفاء ، ولانقتصر على موردها الذي هو الميت . ولو أخذنا بمجامع خصوصياتها ولم نتعد عن شيء منها .

فما في المسالك من ابداء الفرق بين الميت وبين هؤلاء ، مبني على عدم الالتفات الى النص بالعلة ، وان منصوص العلة يكفي فيه خصوصية المورد ، فلا يقتصر في مثل قوله « الخمر حرام لاسكاره أو لانه مسكر » على حرمة الخمر خاصة بل يتعدى الى كل مسكر ويحكم بحرمته باتفاق غير المرتضى « رد » . وحينئذ نقول : ان الغائب بل كل من يتطرق في حقه احتمال الوفاء ولا لسان له حين الدعوى في حكم الميت لانا لاندري لعله وفاه — انتهى .

لكن في خصوص القضاء على الغائب وردت روايات صريحة في أنه اذا قامت البينة على الحق سلم المال الى المدعي بكفلاء ويكون الغائب على حجته

اذا حضر[1]. ومقتضاها عدم ثبوت اليمين الاستظهارية في الدعوى عليه من جهة الحصر الظاهر من السكوت في مقام البيان ، فيتعارض عموم العلة المنصوصة تعارض العامين ، لان عموم التعليل يقضي بالاستحلاف مع قيام احتمال دعوى الوفاء مطلقاً في الميت وغيره .

واطلاق قوله « يقضي على الغائب اذا قامت عليه البينة ويباع أمواله » يقضي بكفاية البينة سواء كان معها يمين أم لا ، ففي صورة حلف المدعي لا اشكال في القضاء ، وفي صورة عدم الحلف يتعارضان فيه .

وقد يقرر النسبة بينهما بأن التعليل صريح في صورة قيام احتمال الدعوى وعام من حيث كون المدعى عليه الغائب وغيره ، وتلك الرواية صريحة في الغائب ومطلقة من حيث قيام احتمال الدعوى وعدمه ، كما اذا كان بقاء الحق على تقدير ثبوته معلوماً ، فمورد التعارض ـ أعني محل الاجتماع ـ هو الدعوى على الغائب مع قيام الاحتمال المزبور .

وقد يقال : ان الرواية أخص مطلقاً من العلة ، لان صورة عدم قيام احتمال الدعوى فرض نادر لايصلح لحمل الرواية عليها ، فتكون كالصريح في صورة قيام الاحتمال الذي هو مورد الاجتماع ، وبعد ملاحظة الحصر المستفاد من السكوت في مقام البيان تكون أخص من العلة .

والانصاف أن ظهور العلة في الاستحلاف أقوى من ظهورها في العدم على أي تقدير ، فيعمل بظهور العلة ، لان المدار في رجحان الدلالة على قوة الظهور وضعفه ، ولذا حكمنا بأن ظهور منطوق آية النبأ من حيث العلة في عدم العمل بالظن ولو كان حاصلا من قول العدل أقوى من ظهور مفهومها في القبول وان كان المفهوم أخص من المنطوق .

(١) الوسائل ج١٨ ب٢٦ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

والسر فيما ادعينا أن ظهور السكوت في مقام البيان الذي يوجب كون الرواية أخص من العلة المنصوصة ظهور عقلي وظهور العلة ظهور لفظي ، فهو مقدم على الظهور العقلي وان كان هو مقدماً على الاصول .

ودعوى ان مافي الرواية من أن الغائب على حجته يؤكد الحصر المستفاد من السكوت ممنوعة . لان المراد بالحجة التي عليها الغائب هي اقامة البينة ، ولو سلم اطلاقها الشامل للاحلاف أيضاً مع أنه كما ترى نقول أيضاً : ان كون الغائب على حجته بمعنى جواز الاحلاف له اذا حضر وادعى الابراء لاينافي استحلاف القاضي أيضاً قبل حضوره . لان استحلافه احتياط فيما يصدر منه من القضاء ، وهذا لاينافي كون الغائب أيضاً على حجته اذا حضر .

ومن هنا يظهر أن مافي الدروس من الجمع بين احلاف الحاكم قبل حضور الغائب واحلافه اذا حضر ، ليس كل البعيد . ولعل الكلام يأتي فيه انشاء الله تعالى .

نعم لو قلنا بتكافؤ الظهورين وتساقطهما كان المرجع العمومات النافية لليمين مع البينة ، مثل قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بالبيان المتقدم .

ثم ان المناط في الدعوى على الغائب واخواته قيام احتمال البراءة الى حين الدعوى الى زمان الغيبة كالموت في الدعوى على الميت . فلابد أن يكون اليمين على بقاء الحق فعلا وعدم حصول البراءة لاقبل الغيبة ولابعدها على خلاف الدعوى على الميت . فانك عرفت أن المعتبر فيها احتمال البراءة قبل الموت لابعده . والفرق واضح ، لان احتمال البراءة بعد الموت ليس مما يتعلق بالميت بل بالورثة ، بخلاف احتمال البراءة بعد الغيبة ، فان الغائب على فرض حضوره له دعوى البراءة بعد الغيبة .

[لوكان المدعي وكيلا عن غائب]

هذا كله فيما اذا كان المدعي على الغائب مثلا أصيلا . فلو كان وكيلا فهل يستحلف الوكيل مطلقاً أولايستحلف مطلقاً ، أو يفصل بين ماإذا كانت الدعوى المحتملة التقديرية دعوى ابراء الموكل أو قبضه فلايستحلف وبين ماإذا كانت دعوى قبض الوكيل أوعلمه بقبض الموكل فيستحلف؟ وجوه مبنية على استحلاف الوكيل المدعي على الحاضر مطلقاً أوعدم الاستحلاف أوالتفصيل بين الصورتين.

وحيث أن الاظهر الموافق لقول الاكثر في صورة دعوى الوكيل على الحاضر هو التفصيل ، كان الحكم في دعواه على الغائب أيضاً كذلك . لان الفرع لا يزيد على الاصل . فاذا كان المدعى عليه الحاضر — على تقدير ابراء الموكل أو قبضه — لايستحلف الوكيل فكيف يستحلفه الحاكم لاحتمال دعوى الغائب ابراء الموكل .

نعم لمــا كان دعوى الحاضر على الوكيل قبضه أو علمه بقبض الموكل مسموعة مستتبعة لاحلافه استحلف أيضاً في الدعوى على الغائب على عدم القبض أو عدم العلم به .

ولو قيل : ان دعوى الحاضر على الوكيل قبضه أوعلمه غير مسموعة أيضاً ، فلا يتوجــه الحلف على عدمهما على الوكيل ، كان الحكم في الدعــوى على الغائب عدم الاستحلاف أيضاً مطلقاً . فظهر وجود المسألة المشار اليها .

وكيف كان فلو قيل باستحلاف الوكيل فلا كلام ، والافغي القضاء بالبينة أو عدم القضاء وايقاف الدعوى الى زمان حضور الغائب أومباشرة الموكل بنفسه الدعوى أيضاً . وجهان أشير اليهما فيما تقدم من أن اليمين هل هي شرط في القضاء على الميت والغائب ونحوهما مطلقاً أو اذا كانت ممكنة . وعلى الاول

توقف الدعوى لعـدم تحقق شرط القضاء الذي هو البينة مع اليميـن . وعلى الثاني يقضي كما مر .

وصرح بعض مشائخنا بعدم تسليم المال الى الوكيل . لعدم ثبوت الحق بدون الحلف والوكيل لايحلف . وقد عرفت الحال في حلف الوكيل .

وقد تقدم أيضا انالیمین اذا لمتكن مكملة للبينة ـ بأن كانت لدفع احتمال البراءة الخفي ـ بلمشروعة لدفع الدعاوى المحتملة احتياطا للقاضي فيمسألة القضاء لااحتياطا فيمراعاة الواقع كما على فرض التكملة كانت شرطاً في حال الامكان لامطلقاً . والله العالم .

التقــاط

[هل يسلم الحق الى المدعي لوكان المدعى عليه غائباً ؟]

اذا ادعي علىالغائب وتم ميزان القضاء ففيالروايات أنه لايسلم الحق الى المدعي أو وكيله الا بكفلاء . وصرح بمضمونها في الشرائع وعمل بها ،لكنه لايقول باليمين في الدعوى على الغائب والصبي . فيكون الكفيل عنده عوضاً عن اليمين كما في المسالك . لكن عن القواعـد اعتبار اليمين والكفيل معاً . ولعله أولى . اذ مسألة التكفيل لاربط لها بمسألة اليمين ، لان القائل بعدم اليمين يقول أيضاً بتمام الحجة بالبينة المحضة . فيكون القول بالتكفيل للتعبد بالنص ، ولامانع منه مع كون القضاء على هؤلاء مبنياً على مراعاة الاحتياط على مااخترنا من اعتبار اليمين للعلة المنصوصة .

ثم أن أخذ الكفيل هنا مشكل من حيث عدم انطباقه على القواعد :

أما أولا : فلان الحجة بعد ماتمت فلاوجه للتكفيل . اذ ليس للغائب عليه سلطنة فعلية ، واحتمال اقامة الحجة بعد الحضور لايعجل العقوبة ـ فتأمل .

وأما ثانياً : فلان الكفالة هنا عبارة عن الضمانة ، خصوصاً بقرينة مافي بعض هذه الروايات من اعتبار الملاءة في المدعى عند تسليم المال اليه وليس المراد بها الكفالة المصطلحة . والضمانة لابد فيها من موجب معلوم للمضمون حتى لا يرجع الى ضمان مالم يجب ولم يعلم بعد ثبوت كون المدعى مستحقاً عليه .

الا أن يقال : انه ضمان مالم يتبين أو ضمان العين . توضيحه : ان الضمانة على أقسام : ضمانة الدين ونحوه من الجرم والغرامة المترتبة على الاتلافات ، وضمانة العين وهي التي جوزها المحقق في كتاب الضمان واستشكل فيه صاحب المسالك . وهو أن يتعهد الشخص لعين من الاعيان كتعهد اليد العارية لما تستولي عليه ، ومرجعها الى التزام الضامن بكون تلفها من كيسه لا من كيس مالكها ، وضمان ما لم يجب وهو أن يضمن الشخص بشيء لم يوجد سببه بعد كضمان صداق زوجة يتزوجها شخص بعد ، وضمان مالم يتبين كضمان درك المبيع فانه اذا احتمل كون المبيع مستحقاً للغير احتمل استحقاق المشتري على البائع بعوضه، فضمان شخص لما على المشتري اذا تبين فساد العقد ضمان لامر محتمل الوجود غير معلوم وليس من ضمان مالم يجب . وما نحن فيه يحتمل أن يكون من القسم الاخير أو من ضمانة العين .

التقاط

| سكوت المدعى عند اقامة الدعوى |

اذا سكت المدعي ولم يجب فان كان لعذر كوحشة أو غباوة أو صمم أو خرس أرفق به . ويتوصل في الاخيرين الى معرفة الجواب بالاشارة الموصلة اليه . وان كان عن عناد ففيه أقوال ثلاثة نقلها في الشرائع : أحدها أنه يحبس

حتى يتبين الحال، والثاني أنه يجبر ويلزم بالضرب ونحوه حتى يجيب ، والثالث أنه يقول له الحاكم أجب والا جعلتك ناكلا .

والاخير أظهر ، لان الاجبار أو الحبس متفرعان على أن لايكون هناك ميزان شرعي لفصل الخصومة ، وأما معه فلا وجه للعدول عنه الى مالم يتحقق سببه بعد . واطلاق الادلة الماضية قاضية بأن وظيفة المدعى عليه اليمين أو الرد فاذا سكت قضى بالنكول عليه مع الرد أو بدونه على الاختلاف المتقدم .

وفي رواية البصري الماضية « وان لم يحلف — أي المدعى عليه — فعليه » كما في الكافي والتهذيب . ولاريب أنه اذا سكت يصدق عليه أنه لم يحلف . وحينئذ فان قضينا بالنكول حكم عليه بعد قوله « أجب والاجعلتك ناكلا » والا فبعد رد اليمين الى المدعي .

ثم ان ظاهر الاقوال الثلاثة أنه لايسأل عن المدعي هل له بينة أم لا . وهو الذي استظهره المحقق القمي من كلامهم فيما حكي عنه ، وأورد عليهم بأن البينة مقدمة على الحبس أو الاجبار أو القضاء بالنكول .

والحق أن هذا الاستظهار ليس في محله ، فلاوقع للايراد المذكور أيضاً ، لان كلماتهم هنا وان كانت مطلقة بحسب الظاهر لكن الظاهر بل المعلوم أن مصب الاقوال الثلاثة في بيان وظيفة القاضي اذا لم يكن للمدعي بينة لامطلقاً حتى لو أقام البينة لم تسمع ، اذ لاوجه لذلك ، كما لاوجه لتوهم قول الاصحاب به . فغرضهم ان الجواب بالسكوت حكمه ماذا كما أن الجواب بالانكار حكمه اليمين ، فكما أن قولهم باحلاف المنكر انما هو بعد فقد البينة كذلك قولهم بحبس الساكت أو اجباره أو اجراء حكم النكول عليه .

| اذا قال المدعى « لاأدرى » |

هذا واضح ، وانما الاشكال فيما لو قال في الجواب « لاأدري ماتقول » ، فان فيه أقوالا واحتمالات :

(أحدها) توقف القضاء على البينة وعدم اليمين مطلقاً وعدم الرد وعدم القضاء بالنكول تنزيلا له منزلة الميت الذي لالسان له أومنزلة الصبي أو الغائب ونحوهم ممن لالسان له في الجواب . لانه اذا قال « لاأدري » كانت الدعوى لامنكر لها . ولم نجد قائلا ، بل ذكر بعض مشائخنا قدس سره احتمالا معترفاً بأنه خلاف الاجماع ظاهراً .

(والثاني) انه يحلف يمين نفي العلم . ويكتفى به في سقوط الدعوى ، لكن لو أقام البينة بعدها سمعت . على خلاف يمين البت التي لاتسمع البينة بعدها . وهذا مختار بعض مشائخنا قدس سره .

واستدل عليه بماحاصله :ان المدعى عليه وظيفته اليمين نصاً وفتوى ، وأما كونها على نحو البت أو على نفي العلم فيتبع كيفية الانكار ، فان كان على وجه ينفي الاستحقاق الواقعي فهي على البت . أو على وجه ينفي الاستحقاق الظاهري فهي على نفي العلم . ويظهر من محكي مجمع البرهان الميل اليه . وعن الكفاية نفي البعد عنه .

(والثالث) انه يحلف يمين البت اتكالا على الاصل . ذكره في محكي الكفاية على نحو الامكان والاحتمال .

(والرابع) عدم توقف القضاء على البينة وعدم الاكتفاء باليمين على نفي العلم ، بل برد اليمين على المدعي بناءاً على عدم القضاء بالنكول أو مطلقاً .

وهو ظاهر الكل أو الجل على ما اعترف به غير واحد منهم الاردبيلي والسبزواري قدس سرهما ، وهو الاقوى .

لنا على ذلك ظهور الاتفاق واطلاق الاخبار :

أما الاول ـ فلانهم اتفقوا على أن الدعوى اذا كانت متعلقة بفعل المدعى عليه فاليمين لابد أن تكون على نحو البت، واذا كانت متعلقة بفعل غير المدعى عليه كانت فيكفي أن تكون على نفي العلم . ثم انهم اختلفوا في بعض الفروع في كون اليمين على البت أو على نفي العلم، مثل ما لو كانت الدعوى متعلقة بفعل البهيمة أو بفعل العبد، ومثل دعوى الاخوة ونحوها، فقيل انه لابد أن تكون اليمين على نحو البت ، وقيل انه يكفي أن تكون على نفي العلم الحاقاً لها بفعل الغير .

ولاريب انهم حيثما يقولون باعتبار البت في اليمين معناه القضاء بالنكول أو مع الرد حيثما تعذرت اليمين على نحو البت بعـذر شرعي أو عقلي ، مثل ما اذا كان المدعى عليه المنكر قد نذر سابقاً أن لايحلف بالله صادقاً وكاذباً ، فان شرطية البت في اليمين حينئذ قاضية بالنكول أو مع الرد . والحاصل ان اليمين على نحو البت حيثما تعتبر فهي شرط مطلق ثابت في حال الامكان والتعذر .

وقضية بقاء الشرطية مع العذر والقضاء بالنكول أو مع الرد، ولعل المكتفي في مسألتنا هذه باليمين على نفي العلم يقول في صورة التعذر الناشيء من النذر بتوقف القضاء على البينة . وهو كما ترى . وقد عرفت انهم اعتبروا البت في اليمين اذا كانت الدعوى متعلقة بفعل النفس، وقضية ذلك أنه اذا تعذرت اليمين البتية قضي بالنكول أو مع الرد .

فان قلت : ما صرحوا به من البت في اليمين اذا كانت الدعوى متعلقة بفعل النفس مبني على الغالب . وهو علم الشخص بفعله . فلا يجري فيما لايعلم بفعله ، فانه حينئذ كفعل الغير .

قلنا : أولا دعوى الغلبة ممنوعة . لان العلم بعدم الشيء واقعاً غالباً متعسر، لابتنائه على الاحاطـة بجميع أسباب وجوده الخفية والقطع بانتفائها أجمع . سواء كان ذلك الشيء فعل نفسه أو فعل غيره .

وثانيـاً : ان الغلبة المزبورة ليست بحيث يكون صورة عـدم العلم بفعل النفس معها مسكوتا عنها في كلامهم، كيف مع أنا لو لم نقل بأكثرية هذه الصورة بالنسبة الى صورة العلم أو مساواتها لها فلاأقل من كثرتها في نفسها بحيث يبعد خروجها عن كلامهم . فاما أن يقال انها داخلة تحت اطلاق قولهم باعتبار البت في اليمين . أو يقال انها مهملة مسكوت عنها في كلامهم . أو يقـال ان حكمها حكم الدعوى المتعلقة بفعل الغير . وكلها كما ترى .

وثالثاً :ان موضوع المسألتين الخلافيتين وموضوع المسألة الاتفاقية واحد كما لايخفى . ولاريب أنـه لايمكن أن يجعل مفروض كلامهم في المسألتيـن الخلافيتين كون المدعى عليه عالمـاً بالواقع . بأن يكون انكاره متوجهاً الى الواقع . لان يمين العالم لابد أن تكون على نحو البت باعتراف الخصم وباتفاق الكل اذا كانت الدعوى غير متعلقة بفعل الغير. فلابد أن يجعل موضوع المسألة مطلق المدعى عليه . سواء كان عالماً بالواقع أو جاهلا .

وبالجملة من راجع كلماتهم في تقسيم اليمين على قسمين علم أنهم حيثما يقولون باعتبار البت في اليمين لايشترطون فيه علم المدعى عليه بالحال. وعلم أيضاً ان خلاف العامة مع الاصحاب وفيما بينهم – حيث ذهب بعضهم الى كون اليمين دائمـاً على البت سواء تعلقت بفعل النفس أو بفعل الغير وبعضهم الى أنها دائمـاً على نفي العلم كذلك – ليس مقصورا بصورة علم المدعى عليه أو جهله بل مطلق شامل للصورتين .

وثمرته ماأشرنا من أن اليمين حيثما كانت على البت وتعذرت لجهل المدعى

عليه أو لعذر آخر قضي بالنكول أو بعد الرد ، مع أن ايقاف سماع الدعوى على البينة مما لم يلتزم به أحد . ولازم المكتفي باليمين على نفي العلم ذلك اذا كان المدعي معترفاً بعدم علمه .

فان قلت : قد صرح بعضهم بأن الوارث ان علم بالحال فيما يتعلق بمورثه من الدعاوي حلف على البت ، والافيكتفى منه باليمين على عدم العلم . وقضية المقابلة أن يكون الامر فيما نحن فيه أيضاً كذلك ، فقولهم « ان اليمين فيما يتعلق بفعل النفس لابد أن تكون على البت » ينزل أيضاً على صورة العلم بالحال، نظير قولهم في فعل الغير .

قلت : المصرح قد اختلط عليه الحال بعض الاختلاط ، لانا نقول : ان الوارث يكتفي منه الحلف على عدم العلم مطلقاً سواء علم بالحال أم لا . والظاهر أنه رأي الكل أو الجل . ومقتضى المقابلة أنه لايكتفي في فعل النفس أيضاً الا بالبت . ولعل التصريح المزبور منشأوه الاشتباه في مسألتنا هذه .

| اعتبار الحلف في المدعى عليه |

وأما الاخبار فهي أيضاً تدل على اعتبار الحلف في المدعي عليه وان كان في بعضها التقييد بالجحود والانكار . لان المقام ليس مقام التقييد كما لايخفى . والخصم أيضا يساعدنا على ذلك وانما يدعي أن اليمين أعم من أن تكون على البت أو على نفي العلم .

وأنت خبير بأن اليمين المقابلة للبينة لايراد بها سوى مايتعلق منها بالواقع كالبينة . فالمراد باليمين ليست الاماكانت ناظرة الى نفي الدعوى واقعاً كالبينة المثبتة لها كذلك :

فمنها مامر في ذيل حديث البصري « ولو كان المدعى عليه حياً لالزم اليمين

أو الحق أو يرد اليمين »[1]، فانه صريح الدلالة في أن المدعى عليه الحي لامفر له من أحد هذه الامور الثلاثة ، سواء قلنا ان الترديد قد لوحظ فيه حال الموارد جميعا أو حال كل مورد : فعلى الاول فهو ترديد توزيعي ، يعني ان المدعى عليه قد يكون ممن يلزم باليمين كالمنكر ، وقد يكون ممن يلزم بالحق كما لو أقر، وقد يكون ممن يلزم بالرد كالساكت أو من يقـول « لاأدري » . وعلى الثاني فهو تخيير شرعي يرجع الى كل مدعى عليه . فيقول له الحاكم اما أن تحلف أو تعطي الحق أو ترد اليمين .

أما شموله للمقام بناء على الاول فواضح . لان الذي يلزم بالرد خاصة ليس الا الساكت ومن يقول «لاأدري» ، وأما شموله له بناءاً على الثاني فلان المجيب بلا أدري يمكن في حقه الترديـد بين الامور الثلاثة ، اذ لامانع له من اليمين على البت في نظرنا ، لاحتمال علمه بالعدم ، ويعبر عنه بعدم العلم الذي هو أعم من العلم بالعدم . فيقول له اما أن تحلف على البت ان كنت عالماً بالعدم واما أن تعطي الحق أو ترد ولو فرضنـا كونه جاهلا وان قوله « لاأدري » مبني على جهلـه بالحال لاعلى علمه بالعدم .

فمع أنه كلام خارج عن الفرض لان الفرض حكم الجواب بلا أدري مع قطع النظر عن علمنا بحاله نظير حكم الجواب بالانكار ، وان كان شاكاً أو كاذباً أو فرضنـا تصريحه في الجواب بالجهل نقول حينئذ : انه يجب عليه ما يجب على المنكر بطريق البت اذا علمنا بجهله وكونه شاكاً .

والحاصل ان حكم الجواب بلا أدري مسألة وحكم الشاك مسألـة أخرى تجري فيمن يجيب بلاأدري أو يجيب بالانكار، ومقتضى الدليل هو الالتزام بأحد

(١) الوسائل ج ١٨ ب ٤ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

الامور الثلاثة ، سواء أجاب بالانكار أو بلاأدري أو سكت ، وسواء كان ظاهر قوله مطابقاً لاعتقاده أم لا .

هذا كله مع أنا لو فرضنا أنه اختار الرد بدون الزام الحاكم توجه اليمين الى المدعي قطعاً بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، ويتم الكلام في صورة عدم الاختيار بالاجماع المركب . لان الرد اذا قلنا به في الجملة قلنا به مطلقاً ، لوضوح كون يمين المنكر حينئذ ميزاناً للقضاء . والقائل بعدم الرد لعله يدعي أن الميزان هو يمين المدعى عليه على نفي العلم .

ومما ذكرنا ظهر وجود بقية الاقوال وضعفها أيضاً حتى القول الثاني . نعم قد يستدل بل قد استدل عليه ــ مضافاً الى ماتقدم من اطلاق قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ببعض الاخبار الدالة على أن الرجل لايحلف الا على علمه . كخبر ابي بصير ومرسلة يونس « لايستحلف الرجل الا على علمه » ولاتقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف[1] .

وفيه : انها مسوقة لبيان وظيفة الحالف في مقام التكليف . وان الشاك لا يحل له الحلف . وأين هذا من مسألتنا هذه التي نبحث فيها عن ميزان القضاء اذا كان المدعى عليه يقول « لاأدري » أو كان شاكاً في الواقع . والله العالم .

مسائل
(متعلقة بالقضاء على الغائب)

(أولها) لااشكال نصاً وفتوى في القضاء على الغائب عن البلد اذاكان بعيداً، وأما الغائب عن مجلس القضاء وهو الحاضر في البلد . فان كان الحضور متعذراً له فلا اشكال ولاخلاف أيضا في القضاء عليه ، ودليله جميع أدلة القضاء مع

(١) الكافي ج٧ ص٤٤٥ باب لايحلف الرجل الا على علمه .

قاعدة نفي الضرر ، وأما مع عدم التعذر ففي القضاء عليه قولان ، والمشهور القضاء ، لكن الدليل عليه غير مساعد ، لعدم وفاء الاطلاقات بالدلالة على ذلك لاهمالها من هذه الجهة أو لانسباق الحاضر منها واختصاص ماورد في خصوص القضاء على الغائب بالنائي بحكم التبادر .

مضافاً الى مايظهر من روايات عديدة ناطقة بعدم القضاء الا بعد السؤال عن المدعى عليه المعللة بأن ذلك أحوط وأبين في القضاء ، مثل رواية محمد ابن مسلم عن ابى عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : اذا تقاضى اليك رجلان فلاتقض للاول حتى تسمع من الاخر ، فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء[1] . ومثله غيره .

ودعوى اختصاصها بالمتخاصمين الحاضرين . لاتضر ، لان الظاهر منها اعطاء قاعدة القضاوة من غير مدخلية لحضور الخصم وغيبته . فالسؤال عن المدعى عليه كسائر ماورد في آداب القضاء أمر راجع الى شرائط القضاوة ، سواء تعلقت بالحاضر أو الغائب .

وأما ظهورها في الندب . فغيرقادح أيضا بعدكون الحكم في الحاضر على نحو الوجوب بالاجماع . وتعليل الحكم الوجوبي بما يلوح منه الندب باب معروف في الروايات يراد ابداء المناسبة .

ونظيره ماذكره المحقق القمي في استدلال الامام عليه السلام على طرح الشاذ النادر من الروايتين المتعارضتين بحديث التثليث الذي حمله على الاستحباب . فما عن عوائد المحقق النراقي من حمل الرواية على الاستحباب ليس بجيد .

لايقال : ربما يكون في عدم الحكم على الحاضر في البلد الغائب عن

(١) الوسائل ج١٨ ب٤ من ابواب آداب القاضى ح٢ وهو عن أبى جعفر عليه السلام.

مجلس القضاء ضرر على المدعي ، فيجب بقاعدة نفي الضرر التي هي المستند في القضاء على من يتعذر عليه الحضور .

لانا نقول : قاعدة نفي الضرر لايعمل بها الا في مقام الاطمينان لكثرة مابها من التخصيص . ولااطمينان بها في القضاء وان نسب الى المشهور القول به . فتأمل . مع أن الكلام في المقام مع قطع النظر عن لزوم الضرر وان القضاء هل يشترط بحضور المدعى عليه في غير الغائب عن البلد أم لا. فلو قيل بالاشتراط لم يلزم منه عدم القضاء مطلقاً حتى ينفى الضرر .

وقد يتوهم دلالة النبوي « اذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما ولم يف الاخر قضى للذي وفى » وأمثاله على المدعى . وهو سهو ، لان ذلك دليل على القضاء على الممتنع ، وهو خارج عن محل الكلام .

ثم ان التعذر الذي يسوغ معه القضاء على غير الحاضر في المجلس ، أمر موكول الى العرف لاحد له شرعاً . فيختلف باختلاف الاحوال والازمان والامكنة والمدعي والمدعى عليه. ومن جملة العذر مالوصبر المدعي الى زواله فات بعض حوائجه. مثل مصاحبة رفقة السفر. الى غير ذلك ممايظهر بالمراجعة الى العرف .

ثم الغائب عن البلد ان كان قريباً منه حكمه حكم البعيد الى حد المسافة لاطلاق أدلة الغائب ومعلومية صدقه على مطلق الخارج عن البلد . ولكن ذلك أيضاً موكول الى العرف ، ولايبعد تحديد ذلك بحد الترخص الشرعي لانه مما يساعد عليه العرف أيضاً .

(فرع) لو كان المدعى به متعلقاً باثنين أحدهما حاضر والاخر غائب فأقام المدعي البينه وقضى فهل القضاء المزبور بالنسبة الى الغائب الاخر حكمه حكم القضاء على الغائب أم لا ؟ فيه وجوه .

مثاله دعوى الزوجية . فلو ادعى أحد زوجية امرأة حاضرة وقضى له بالبينة ،

فهل القضاء المزبور بالنسبة الى آخر غائب يدعى زوجيتـه مثل القضـاء على الغائب أم لا ؟

قد يقال ذلك ، وفائدته الاستحلاف استظهاراً على القول به في القضاء على الغائب لو كان هناك دعوى محتملة من ذلك الغائب ويكون هو على حجته اذا حضـر .

وقد يقال ان القضاء ينفذ عليه منجزاً من دون استحلاف ، الحاقاً له بالقضاء على الحاضر . وهو أضعف الوجوه .

وقد يقال عدم نفوذ القضاء عليه مطلقا ، بل يجب تجديد اقامة البينة اذا حضـر .

وقد يقـال ان المدعي حينئذ يكون منكرا بالقياس الى ذلك الآخر ، لقوة جانبه باقامة البينة فله اذا حضر المدعوى عليه .

ثم ان الحكم التسجيلي الذي ذكره في محكي القواعـد ليس من بـاب القضاء على الغائب . وهو أن يقيم ذو اليد على ملكية مافي يده تسجيلا على من يتوهم مخاصمته ومنازعته . وهذا على تقدير صحته ليس من باب القضاء على الغائب . والله العالم .

(الثانية) المدعي على الغائب اما أن يتعرض جحوده أو يتعرض لاقراره أولايتعرض شيئاً منهما . والاول هو القدر المتيقن من أدلة القضاء على الغائب . وأماالثاني فقد صرح في محكي القواعد على عدم القضاء حينئذ لاشتراط الجحود ، والظاهر أنه شرط في مطلق الدعوى والمخاصمة . لان الدعوى وما يشتق منه من الصيغ ظاهر في المخاصمة والمشاجرة ، ومع التنـزل فلا أقل من قصور أدلة القضاء على الحاضر والغائب عن المتناول لذلك .

وحال الاخير يظهر مماذكر ، فان شرطنا الجحود لم تسمع الدعوى والا

سمعت .لكن في محكي القواعد مع اشتراطه الجحود ان عدم التعرض للاقرار يكفي في سماع الدعوى .

هذا بالنسبة الى الحكم والقضاء ، وأما بالنسبة الى أخذ المال فقد صرح في محكي التحرير بأنها تسمع ولو مع التعرض للاعتراف مع تصريحه بعدم سماعها للحكم . ولابعد فيه بناءاً على عموم حجية البينة مع اعمال قاعدة نفي الضرر حيثما تجري ، ولاينافيه مانقلنا من عـدم حجية البينة فيما يتعلق بحقوق الناس الا بعد الحكم . ولاحكم في المقام ، لان ذلك مختص بصورة التشاجر والتنازع ولو محتملا ، ومع فرض اعتراف الغائب لانزاع هنا ، فيكون اثبات المال كسائر الموضوعات مثل اثبات الهلال ونحوه .

الا أن يقال : ان قول المدعي لايكفي في ثبوت اقرار الغائب ، فلو أثبت اقراره أيضاً بالبينة أخـذ المال ، فحيث لم يثبت اقراره بعد يكون المقام مقام الدعوى ولواحتمالا . والله العالم .

(الثالثة) لوكان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل وادعى الغريم التسليم الى الموكل ولابينة ، ففي الالزام تردد بين الوقوف في الحكم لاحتمال الاداء وبين الحكم والغاء دعواه ،لان التوقف يؤدي الى تعذرطلب الحقوق بالوكلاء ، والاول أشبه .

هذه عبارة الشرائع. وفهممنه المسالك أن المصنف اختارالالزام والحكم. وفي بعض حواشي المسالك ان ظاهر العبارة التوقف .

والاول أظهر احتمـالا ومحتملا ، وذلك لان دعـوى الغريم التسليم الى الموكل دعوى على الغائب بلابينة ، ولاتسمع الدعوى على الغائب الابالبينة . ومنه يظهر أنه لايمين هنا أيضاً لاجل هذه الدعوى .

نعم لو ادعى على الوكيل العلم بالتسليم فله الاحلاف ، لانه دعوى متعلقة

بفعل الغير ، والدعوى المتعلقة بفعل الغير يترتب عليها يمين نفي العلم اذا تعرض المدعي للعلم .

ثم انه لاوجـه هنا للتكفيل الذي احتمله بعض ، تسوية بينه وبين الدعوى على الغائب الذي تقدم دلالة الاخبار عليه فيها ، لان هذه الدعوى بعدما كانت ساقطة في الشرع لم يتزلزل شرعاً الدفع ، واذا لم يتزلزل الدفع لم يكن وجه للتكفيل .

نعـم لو كان المدعى عليه أيضاً غائباً ـ بأن ادعى وكيل الغائب على وكيل الغائب أو عليه ـ توجه التكفيل ، لان المدعى عليه اذا كان غائباً قام هنا احتمال دعوى مسموعـة ، غاية الامر عـدم تأثير هذا الاحتمال عاجلا في الاستحلاف نظراً الى غيبة المدعي وعدم جواز حلف الوكيل عنه ولكنه لايوجب عدم مراعاة ذلك الاحتمال رأساً ، اذ من المحتمل أنـه اذا حضر وحضر خصمه احلف . وقضية المراعـاة التكفيل بناءاً على جوازه مطلقاً أو في خصوص تسليم مال الغـائب .

فظهر الفرق بينه وبين الاول. لان المدعي للتكفيل في الاول حاضر ودعواه التسليم الى الموكل غير معتبرة . فلا مقتضي للتحليف . بخلاف الثاني ، فان مقتضي التحليف فيـه موجود . وهو احتمال دعوى الغائب اذا حضر . وانما لايستحلف لاجل فقد الشرط وهو حضور الموكل .

ثم التكفيل للدفع المتزلزل مرجعه الى ضمان مالم يتبين وجود سببه مع احتماله في الواقع : ومنه ضمان درك الثمن وضمان العين والتعهد بها ، وسماه في محكي القواعد بالاستيثاق وعداه موارد من الفقه :

(منها) ضمان درك المبيع . والدليل عليه على وجه يكون قاعدة كلية مفقود، لكن أصل شرعيته في الجملة ثابتة : كما مر في دفع مال الغائب بكفلاء . ولعله

يكفي في جواز اشتراطه في ضمن عقد من العقود كالبيع والصلح . لان الشيء اذا ثبت شرعيته في الجملة أمكن الحكم باندراجه تحت عموم الادلة ، وأما مع الشك في أصل شرعيته ففيه اشكال .

مثلا العدول من الجماعة الى الفرادى لما ثبت شرعيته في الجملة ـ كما في صلاة الخوف ـ أمكن القول بجوازه في الجماعة لادلة الجماعة ، وأما العدول من الانفراد الى الجماعة لمالم يثبت أصلا لم يجز القول به الا من زعم ان أدلة الجماعة مطلقة لامهملة .

وكيف كان فالظاهر أن التكفيل ليس تعبداً محضاً بل لاجل الاستيثاق كما فهمه الشهيد . فيسقط اذاكان الاخذ موثوقاً به في الردمع تحقق سببه . والالزم التسلسل . لان الكفيل أيضاً يحتاج الى كفيل آخر . والله العالم .

القول في كيفية الاستحلاف

التنقاط

[عدم الاحلاف الا بالله تعالى]

ظاهر الاصحاب الاتفاق على أنه لابد أن يكون الحلف المثبت لحق أو النافي له ـ وبالجملة في مقام الدعوى ـ بالله تعالى، فلو حلف بغيره لغى الحلف .

هذا في المسلم ، وأما اليهودي والنصراني والمجوسي والدهري والوثني وما أشبههم ، فقد ذكر في محكي المبسوط والشرائع أنه يجوز احلافهم بغيره تعالى ، مع تقييده في الشرائع بما اذا كان الحلف به أردع . لكن النصوص عاماً وخاصاً متفقة على عدم الاحلاف الا بالله تعالى ، منها ماسمعت في السابق « اقض بينهم بالبينة وأضفه الى اسمي »[1] .

وأما في غير مقام الدعوى فالكلام فيه تارة من حيث الحكم الوضعي كوجوب الكفارة وحصول فصل الخصومة به وأخرى من حيث الحكم التكليفي : أما الاول فالظاهر عدم الخلاف في أنه لا يترتب عليه الاثر ، وأما الثاني فقد اختلف فيه .

(١) الوسائل ج١٨ ب١ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢و٣ .

والأخبـار الناهية كثيرة ، لكنها معارضة بالسيرة المستمرة وبما علم من أفعال المعصومـيـن صلوات الله عليهم أجمعين . فانهم كثيراً يحلفون بآبائهـم وبالجملة بغيـر الله تعالى . وقد جمع غير واحد بحمل الاخبـار الناهية على الكراهة . وهو أيضاً مشكل ؛ لان الكراهة أيضاً منافية لافعالهم .

ودعوى أن الافعال منزلة على بيان عـدم الحرمة ، شطط من القول . نعم يمكن حمل الافعال على بعض المصالح الخفية .

مع أن الاخبار الناهية شاملة لمقام الدعوى أيضاً ، وحملها على الكراهة ينافي القول بعدم ترتب الاثر على الحلف ، بل وكذلك حملها على الحرمة ؛ لان الحرمة لاتنافي ثبوت الحكم الوضعي ، فلو حملت على الكراهة فلابد من حملها على غير مقام الدعوى . ولابأس به ، لان عدم ترتب الاثر على الحلف بغيره تعالى في مقام الدعوى أدلته كثيرة : منها ماأشرنا اليه حيث قال جل اسمه « وأضفه الى اسمي » .

مضافاً الى الاقتصار فيما خالف الاصل على القدر المتيقن ، وهو الحلف به تعالى . فيدفع مايقتضي الاكتفاء بالحلف بغيره تعالى في مقام الدعوى ، اذ ليس هو اطلاق مثل قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » . وهو كما ترى ، لانا لو لم نقل بأن المنساق من اليمين هو اليمين بالله تعالى فلاأقل من عدم اطلاقها . فافهم والله العالم .

التقـاط

[كيفية احلاف المجوس]

ذهب الشيخ في محكي المبسوط الى أنه لايقتصر في حلف المجوس على لفظ الجلالة ؛ بل يضيف الى هذه اللفظة الشريفة مايزيل احتمال ارادة غير الذات

المقدسة كخالق الظلمة والنور، لان المجوسي سمى النور الهاً ، فاذا أتى بلفظ الخالق نص في الذات المقدسة .

ومال اليه بل قال بـه بعض من تأخر ، نظراً الى لزوم احراز وقوع الحلف بالجلالة ، ومع احتمال ارادته غيرها لم يكن الحلف به تعالى محرزاً ، فلا يتحقق ميزان القضاء .

وقد ينـاقش فيه : بأن احتمال ارادة الخلاف غير قادح في مقـابل الظهور اللفظي ، ولذا لايعتنى باحتمال التورية أو احتمال شيء آخر ينافي ظاهر اللفظ ، والا انسد باب الفصل بالايمان ، لان الاحاطة بالامر القلبي والعلم بـه أمر غير ميســور .

ويدفع ذلك بأن احتمال ارادة غير الذات المقدسة هنا ليس في مقابل ظهور لفظي ، لان المتكلم اذا كان له اصطلاح أو اعتقاد مغاير لاعتقاد السامع في لفظ من الالفاظ لم يجز حمله على مقصود السامع لعدم الظهور .

نعم ماذكر من عدم الاجتزاء باحتمال التورية حق لما ذكر. لكن الاظهر أيضاً الاقتصار . لاطلاق الاخبار بل ونصها في خصوص المجوسي واليهـودي والنصراني ، ولان عدم الاعتقاد بوجود الذات المقدسة ــ العياذ بالله ــ لاينافي وقوع الحلف بها ، لان المقصود احلاف المدعى عليه بالذات المـقدسه التي وجودها حق ثابت اعتقد الحالف أم لا .

ومن المشائخ من بالغ في ذلك فقـال بالاقتصار حتى مع العلم بأنـه أراد باللفظة المباركة غير الذات المقدسة أخذاً باطلاق الاخبار . وهو كما ترى جمود بارد . لانا اذا علمنا ارادة غير الذات المقدسة فقد علمنا بعدم وقوع الحلف بها ، ومجرد ذكر لفظ الجلالة لايجدي بعدما لم يكن المقصود من اللفظ المعنى .

ألتقـاط

[التغليظ في الاحلاف]

يكفي في الحلف الذي هو ميـزان القضاء أن يقـول الحالف « والله ماله قبلي حـق » ، والظاهر الاكتفاء بغير لفظ الجلالة أيضاً من أسمـاء الله الخاصة الصريحة في الذات المقدسة ، لاطلاق بعض الاخبار وعـدم صلاحية ما فيه خصوص لفظ الجلالة للتقييد ، ولذا لم يشترطه الاصحاب فيما عثرناه .

نعم يستحب للحاكم التغليظ في الحلف في الحقوق كلها ، سوى المال الذي لايبلغ نصاب القطع على المشهور بين الاصحاب . لكن في المسالك انه غير واضح المستند .

أقول : يمكن استفادتـه من احلاف النبي صلى الله عليه وآله بعض اليهود على نحو التغليظ وان كان في غير مقام المرافعـة . ومن حلف الاخرس الذي روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فانه على نحو التغليظ[1] . وماروي عنه عليه السلام أيضاً في حلف الظالم بالبراءة من حول الله وقوته معللا بأنه يعجل في المؤاخذة[2] . وغير ذلك مما لايخفى على المتتبع . مضافا الى كون التغليظ أردع ، فناسب مراعاته استظهارا .

لكن لا يستحب للحالف الاجابة ، بل ربما يكره ، لان الخفة في الحلف مرغوب اليها . خلافا لبعض العامة فأوجب التغليظ عليه ، وللاخر فأنكر الاستحباب للحاكم أيضاً .

ثم التغليظ بالمكان يحصل بالاستحباب في الامكنة المشرفة ، وبالزمان في

(١) الوسائل ج١٨ ب٢٩ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢ .

(٢) الوسائل ج١٦ ب٣٣ من ابواب كيفية الحكم ح١و٢و٣ .

الاوقات المباركة ، وبالقول باضافة سائر أسماء الله تعالى الى لفظ الجلالة .

وهل يعتبر فيه اختيار أسماء الجلال كالقاهر والمهلك والمدرك ونحوها ، أويجعل بأسماء الجمال والرحمة أيضاً كالرحمن والرحيم . قد يقال بالاول لان فائدة التغليظ التخويف وذكر أسماء الرحمة ينافيه . وقد يقال بالثاني لان ذكر الاوصاف يعطي تعظيماً للمحلوف به فيعظم الحالف لاجل ذلك ، وهو المعهود من فعل الاكابر حيث كان حلفهم المغلظ هكذا « والذي نفسي بيده » . و« والذي خلق النور والظلم وبرىء النسم » . « والذي بعثك بالحق » مخاطباً للنبي صلى الله عليه وآله . وأمثال ذلك الى ماشاء الله .

وفي الاخبار الواردة في الباب أيضاً ماهو مشتمل على التغليظ بغير أسماء الجمال كما لايخفى . والله العالم .

التقاط

[لو حلف على عدم الاجابة الى التغليظ]

اذا حلف أحد أن لايجيبه الى التغليظ فالتمسه خصمه . ففي الشرائع لم تنحل بيمينه ، وعن الدروس فيه نظر من اشتمالها على ترك المستحب ومن توهم اختصاصه بالحاكم .

واعلم أن ماذكره في الدروس يشير الى اعتبار الرجحان في متعلق الحلف ، وعلى ذلك تبتنى المسألة على استحباب التغليظ للحالف أو وجوبه . فان قيل بعدم الاعتبار أو قيل بعدم استحباب التغليظ أو وجوبه فمقتضى القاعدة عدم الانحلال . لكن ورد أنه « اذا وجدت خيراً منه — أي مما حلفت عليه — فافعله »(١) ، ومقتضى ذلك الانحلال . لان الاجابة مستحبة ولو تعلقت بمكروه . ومنه ماروي

(١) الوسائل ج١٦ ب٣٨ من كتاب الايمان ح١ .

عن الامام عليه السلام من الحلف على ضرب بعض غلمانه ثم العفو عنه[1] ، لان الضرب وان كان في نفسه راجحاً في نظره عليه السلام لكن العفو كان أرجح .

وان قيل بوجوبه لم تنحل، لان اليمين والنذر والعهد ونحوها من العناوين الثانوية يعتبر في متعلقها الجواز الشرعي اجمالا . لان موضوع هذه العناوين متأخر عن موضوع الاحكام الاولية ، فلابـد من عروضها لواجب أو حرام أو مباح أومستحب أومكروه ، وحيث لاسبيل الى الحرام تعين أحد الاربعة . ومنه يظهر أن المراد بالجواز باقي الاحكام الاربعة .

[الكلام في العناوين الثانوية]

وحيث انجر الكلام الى ذكر العنـاوين الثانويـة ناسب نقل بعض الكلام فيما يتعلق بها ، فنقول وبالله الاستعانة وعليه التكلان والاعتصام :

ان الحكم الشرعي ان لم يتعلق في موضوعه حكم آخر وجوداً أوعدماً سمي ذلك الموضوع بالعنوان الاولي. فالعنوان الاولي ماكان الحكم ثابتا لذاته قبل ثبوت حكم آخر أوانتفائه عنه كشرب الخمر وأكل السكر ، فان الحرمة والحلية ثابتتان لذاتهما .

ولايجوز أن يقـال ان شرب الخمر المباح ذاتاً أو الواجب كذلك حرام ، لان المفروض ثبوت الحرمة له قبل اتصافه بحكم آخر نفياً أواثباتاً . فهو خلاف الفرض، ولزوم التسلسل، لانه ينقل الكلام الى ذلك الحكم الذي قيد بوجوده أو عدمـه شرب الخمر ، فلابد من الانتهاء الى حكم ثابت لذاته قبل ملاحظة حكم آخر له ، وان لوحظ حكم آخر وجوداً أوعدماً سمي بالعنوان الثانوي ، لانه عنوان للفعل بعد أن كان في نفسه متصفاً بحكم شرعي .

(١) الوسائل ج١٦ ب١٨ من ابواب كتاب الايمان ح١و٢و٣و٤ .

وهذا مثل اطاعة الوالدين واجابة المؤمن وادخال السرور في قبله وانفاذ الوصية والوكالة والوفاء بالنذروالعهد والشرط والصلح وفعل مقدمات الواجب وما أشبهها . لانها عناوين تعلق بها الحكم الشرعي بعد اتصاف مصاديقها بأحد الاحكام الشرعية قبل عروض تلك العناوين .

وبعبارة أخرى : هذه العناوين مصاديقها الخارجية أمور موصوفة بأحد الاحكام قبل اتصافها بتلك العناوين . فالفعل الذي يتعلق به النذر قبل أن يتعلق به ويجعله مصداقاً للمنذور لابد أن يتصف بأحد الاحكام . وهكذا سائر العناوين المزبورة .

وحينئذ ننقل الكلام الى ذلك الحكم ونقول : انه لابد أن تكون غير الحرمة ، لان الحرام ليس قابلا لان يتعلق به الوجوب . بخلاف سائر الاحكام فان تعلقها بموضوع لايمنع من تعلق حكم آخر به ماثله أو غايره ، لان مرجع المماثلة الى تأكد المصلحة . ومن هنا لم يجز تحليل حرام بصيغة النذر ولابصيغة الصلح ولا بالوكالة ولا من جهة المقدمية لواجب ولا من جهة كونه اجابة للمؤمن ولا غيرها من العناوين الثانوية اجماعاً وقولا واحداً .

[الدليل على أن العنوان الثانوي مختص بماعدا الحرام]

نعم لابد من التأمل في أن اختصاصها بما عدا الحرام هل يستفاد من أدلتها أو لابد فيه من الاستناد الى دليل آخر ؟

قد يقال بالاول . لانا لو قطعنا النظر عما دل على اختصاص النذر والعهد بالراجح الحاكم على أدلة النذروالعهد واليمين وعن قوله عليه السلام « لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق » الحاكمة على أدلة اطاعة الوالدين والزوج والسيد والوصي والملتمس وأدلة ادخال السرور ، وعن قوله « كل شرط جائز الا ما

أحل حراماً أو حرم حلالا[1] » الحاكم على أدلة جواز الشرط والصلح بل النذر والعهد ونحوها مماينـدرج تحت الشرط اللغوي الذي هو مطلق الالتزام والبناء على شيء . أوعن غيرها ممايستند اليه قبل الاجماع في ارجاع العناوين المزبور الى غير الحرام .

جاز أن يقال : ان النسبة بينها وبين مادل على الحكم الاولي الثابت لذات ذلك الفعل عموم من وجـه ، سواء كان ذلك الحكم هي الحرمـة أو الاباحة ، لان الاحكام الخمسة كلها متضادة . فكما لايجتمع وجوب الوفـاء بالنـذر مع الحرمة الفعلية كذلك لايجتمع مع الاباحة الفعلية .

ويؤيـده أن ظاهر الادلة الخاصة الحاكمة المشار اليها هو عموم أدلة تلك العناوين وعدم اختصاصها بنفسها بالمباحات . والا لم تكن تلك الادلة حاكمة ، مع أن قوله عليه السلام « لاطاعـة لمخلوق في معصية الخالق » منطوقه يحكم على أدلة الاطاعة ويتناول بعمومها لولده . فكما يمكن أن يقال ان المنذور يجب فعله الا اذا كان شرب خمر كذلك يمكن أن يقال شرب الخمر حرام الا اذا كان منذورا بـه . ولذا ترى بعض مايشاركها في ثانويـة العنوان ـ كمحافظة النفس واجابة الملهوف واغاثته ـ مقدماً على كل حرام أو واجب . وليس هذا الالعدم مجيء الدليل الحاكم فيه مع ثبوت ترجيحه شرعا على أدلة الاحكام .

وقـد يقال بالثاني ، لان الظاهر من سياق أدلة هذه العناوين اشتمالها على مقتضى الحكم ـ أي الوجوب مثلاـ بخلاف أدلة الاحكام الاولية ، فان ظاهرها اشتمال موضوعاتها للعلة التامة . ومن الواضح أن المقتضي لا يؤثر في نفسه ، بل لابد فيه من عدم المانع . وأي مانع من اشتمال الفعل على علة الحرام .

بخلاف العلة التامة . فان تأثيرها لايتوقف على شيء . مثلا قوله « الخمر

(١) الوسائل ج٦ كتاب التجارة ب٦ من ابواب الخيار ح٥ .

حرام » يستفاد منه أن الخمر مشتملة على العلة التامة للحرمة ، وقوله « يجب الوفاء بالنذر » يستفاد منه أن النذر فيه مايقتضي الوجوب. فاذا تعلق بشرب الخمر لم يؤثر لمكان المانع .

فان قلت : اذا كان الامر كذلك فلابد من عدم تعلقه بالمباح أيضاً فضلا عن الواجب والمكروه أو المستحب . لان ظاهر قوله « السكر مباح » مثلا أن السكر مشتمل على العلة التامة للاباحة . وعلة الاباحة أيضاً لايؤثر معها مقتضي الوجوب .

قلت : فرق بين علة الاباحة وعلة التحريم ، لان علة الاباحة مركبة من أمر عدمي ـ وهو عدم وجوب مايقتضي الالزام بالفعل أو الترك ـ بخلاف علة التحريم فانها مركبة من الامور الوجودية المقتضية للالزام بالترك ، ولاريب أن عدم المقتضي للالزام لاينافي عروضه بسبب أمر خارج .

نعم لو كان علة الاباحة أيضاً راجعة الى أمر وجودي محض ـ كما في بعض الموارد مثل اباحة النكاح على مايظهر من استدلال الامام عليه السلام على بطلان اشتراط عدم التزويج في عقد النكاح بقوله تعالى « فانكحوا ماطاب لكم من النساء »[1] ـ اتجه القول بعدم قبوله الالتزام بالترك بسبب الشرط . لكنه أمر خارج عما يقتضيه حقيقة الاباحة ثابت في بعض الموارد الخاصة لخصوصيات موجودة فيه .

ثم ان مثل الحرام ترك الواجب المعين . لان علة الالزام مانع عن تأثير مقتضي الترك . وأما الواجب المخير فهو كالاباحة فعلا وتركاً ، اذ ليس في شيء من فعله وتركه علة الالزام ، وكذا المستحب والمكروه بل فعل الواجب المعين ، لان علة الالزام بالفعل لايمنع عن تأثير المقتضي الالزام به ، لان تأثيره حينئذ

(١) سورة النساء: ٣ .

تأكد المصلحة . فلافرق حينئذ بين تعلق النذر مثلا بالمباح أو المستحب والمكروه وبين تعلقه بفعل الواجب .

عدم مزاحمة المستحبات للمحرمات

ومما ذكرنا ظهر عدم مزاحمة شيء من المستحبات لشيء من المحرمات ، لان أدلة الاستحباب تدل على اشتمال المستحب لمصلحة غير ملزمة للترك مع رجحان في الفعل ، ومرجعه الى عدم مقتضي الالزام . وهذا لايخرجه عن قابلية عروض علة الالزام بالترك .

فان قلت : سلمنا أن علة الاباحة يمكن اجتماعها مع مقتضى الالزام . لكنا نقول ان اطلاق قوله « السكر مباح » أو عمومه يدل على سلامة جميع أفراد السكر عن عروض مايقتضي الالزام . مثلا اذا قال المولى « اكرم جيراني » فهذا يدل على كونهم أصدقاء وليس فيهم عدو والالزم التخصيص في ذلك العموم لعدم صلاحية العدو للاكرام .

قلت : لما علم من الخارج أن موضوع المباح مما يصلح أن يعرضه موضوع الوجوب أو الحرمة فلاجرم يكون قوله « السكر مباح » في قوة قوله ما ليس فيه جهة الالزام فعلا أو تركا من أفراد السكر فهو مباح . فموضوع الاباحة وان كان في ظاهر الدليل هو ذات السكر لكنه في الحقيقة ليس تلك الذات المطلقة بل الذات المعلقة بعدم عروض مايقتضي الالزام .

ولاريب انه متى شك حينئذ في فرد من أفراد السكر من حيث اشتماله على مقتضى الالزام وعدمه فهو شك في موضوع الدليل . كما اذا شك في موضوع العالم المأمور بالاكرام فلا مسرح للتمسك بالعموم حينئذ ، بل ينزل العموم أو

الاطلاق على وروده في مقام بيان حكم آخر: وهو حكم ذات السكر في نفسها مع قطع النظر عن العوارض .

نعم لو كان موضوع الدليل عاماً وعلم من الخارج أن هناك مخصصاً ــ كما في مثال « اكرم جيراني » ــ استكشف من العموم سلامــة أفراده الموجودة الخارجة عن عنوان ذلك التخصيص .

وحاصل الفرق بينه وبين مانحن فيه : ان عدم عروض مقتضى الالزام جزء من موضوع المباح وقيد من قيوده ، بخلاف الصداقة فانها ليست شرطاً حتى يجب احرازها عند الشك ، بل غاية الامر أن العداوة مانعة . فان شك في وجوده استكشف عن العموم سلامة الافراد عنه . فمــا نحن فيه من قبيــل المخصص اللفظي والمثال من المخصص العقلي . وقد حققنا في الاصول الفرق بين المثالين ، وان كان التمسك بكل منهما عند الشك تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية . فافهــم .

فان قلت : لانجد فرقاً بين قوله «الخمر حرام» و«الصلاة واجبة» ونحوهما مما سيق لبيان الحكم العنوان الاولي، وبين قوله «النذر واجب الوفاء» و « الصلح جائز » وأمثالهما من العناوين الثانوية . فان كان ظاهر الاول اشتمال الفعل على علة الالزام بالفعل أو الترك كان ظاهر الثاني أيضاً ذلك . فدعوى أن مفاد الاول اشتمال الفعل للعلية التامــة ومفاد الثاني اشتمــاله على المقتضي . تحكم بارد وتعسف سافل. واذا كان ظاهرهما الدلالة على اشتمال الفعل للعلة التامة أو المقتضي تعارضا في مادة الاجتماع .

قلت : ما ذكرت وان كان يقتضيه الجمود على ظاهر اللفظ لكن المنصف يعرض عنه . لان الفرق بين العنوان الاولي الذي لا يعتبر في مفهومه فعل آخر كشرب الخمر وبين العنوان الثانوي الذي يعرض لذوات الافعال كالنذر الذي

يتعلق بفعل لامحالة . مما لاينكر من حيث أن وزان الاول وزان « الظلم حرام » ووزان الثاني وزان « الصدق واجب » .

ومما يؤيده ويضعف مازعمت أن العناوين الثانوية على مانقول سالمة عن التخصيص وعلى ماتقول مخصصة بأدلة المحرمات اجماعاً . وعدم التخصيص أولى . فافهم والله العالم بحقيقة الحال .

[الحلف على عدم التغليظ لاعلى عدم الاجابة]

ثم ان هنا مسألة أخرى غير مفروضة في عبارة الشرائع الماضية ، وهي الحلف على عدم التغليظ لاعلى عدم الاجابة . والفرق بينهما على تقدير وجوب الاجابة أنه لاينعقد اليمين رأساً على الثاني . وكذا لوقيل باستحبابها مع اشتراط الرجحان في متعلق اليمين . بخلافه على الاول فانها تنعقد وتنحل بحكم قوله عليه السلام « اذا وجدت خيراً منه فافعله » ونحوه . والله العالم .

النقساط

[حلف الاخرس بالاشارة]

مقتضى القاعدة أن يكون حلف الاخرس بالاشارة ، لان اشارته قائمة مقام فعله في جميع أبواب الفقه حتى العبادات ، حتى أن بعضهم حكم بأن اشارته في الصلاة بمنزلة كلامه فيبطلها تنزيلا لها منزلة الكلام . وان كان قد يناقش فيه بعدم صدق الكلام عليه عرفاً وان شاركه في وجه المناسبة لمعناه اللغوي الذي هو « الكلم » أي الجرح . لكنه لايخلو عن قوة جداً .

وما ذكرنا هو المعمول به المشهور بين القدماء والمتأخرين . فلابد حينئذ من حمل الرواية الواردة في تحليفه المشتملة على كيفية من التغليظ في اليمين

والامر بشربها على محامل لاتنافي الحكم المشهور. وليس علينا في أمثال المقام تعيين العيب الذي في الرواية ، بل الاعراض عنها متعين وان كان سندها صحيحاً.

التقاط

[المراد من الاستحلاف في مجلس القضاء]

قال في الشرائع : لايستحلف الحاكم أحداً الا في مجلس القضاء الا مع العذر كالمرض المانع وشبهه. وحينئذ فيستنيب الحاكم من يحلفه في منزله ، وكذا المرأة التي لاعادة لها بالبروز الى مجمع الرجال والممنوعة بأحد الاعذار.

واعلم أن المراد بالاستحلاف في العبارة وفي أحاديث الباب وكلمات الاصحاب هو الحلف عن طلب كالاستنباط . لا مجرد طلب الحلف أو الاذن بناءا على كون الاستفعال لمجرد طلب الفعل حصل أولم يحصل ، لان الاستفعال أحدا طلاقاته ماذكرناه من تحصيل الفعل عن طلب . وأمثلته كثيرة . وهو المراد، لان الاذن في الحلف الظاهر أنه لايعتبر فيه المجلس . فلو أذن في غيره وحلف فيه اجزأ على القول باعتبار المجلس .

ثم المراد بمجلس القضاء اما المجلس النوعي وهو مابني للقضاء فيه واما المجلس الشخصي وهو ماوقع فيه الخصومة والدعوى . والمتبادر من العبارة هو الاول . وحينئذ فالمعتبر هو وقوع الحلف فيه حضر الحاكم أم لا ، وعلى الثاني فالمتبادر اشتراط الحضور .

وكيف كان ففي العبارة احتمالات : أحدها أن يكون المقصود وقوع الحلف في حضور الحاكم . سواء كان الحاكم في مجلس القضاء النوعي أو الشخصي أو لم يكن فيه . والثاني اعتبار كون الحلف في مجلس القضاء بأحد المعنيين حضر الحاكم أو لم يحضر . والثالث أن يكون الحلف في مجلس

الحكم وحضور الحاكم وهذا أخص من الاولين، والرابع الاحترازعن الحلف في البيت لافي حضور الحاكم ولافي مجلس القضاء . وتعيين أحدالاحتمالات على وجه يتعين القول به احتمالا ومنحلا مشكل .

ثم المسألة لامستند لها في الادلة ، وظاهر صاحب المسالك أنه على وجه الكراهة . وهومشكل ، لان مثل هذه العبارة الواردة في شرائط القضاء وآدابه آب عن الحمل على الكراهة ، كيف وقد ذكر بعضهم كالشهيد « ره » في محكي الدروس هذا الحكم في باب شرائط اليمين التي كلها على وجه الاشتراط واللزوم .

وكيف كان فالقدر المتيقن من هذه العبارة وأمثالها هو عدم جواز حلف الحاكم الا في بيته ، بمعنى عدم سقوط حلف المدعي بذلك بدون حضور الحاكم وبدون أن يكون في مجلس القضاء . وهذا يمكن الاستدلال عليه بتوقيفية القضاء وعدم ثبوت اطلاق أدلة اليمين باعتبار ورودها في مقام بيان أصل الميزان ، مضافاً الى الطريقة المألوفة المعهودة بين المسلمين من عدم الاستحلاف الا في مجلس الحكم والمرافعة .

ثم ان هذا شرط في اليمين التي يستحقها المدعي وليس من وظائف القاضي ، فلا يؤثر الاستنابة في حال الاختيار . نعم لو كان من وظائفه أمكن القول بعدم اعتبار المباشرة مع احتماله للشك في قبوله الاستنابة كأصل القضاء . والله العالم .

التقاط

[حكم الحلف باللغات غير العربية]

قد عرفت أنه يكفي في الحلف أن يقول « والله ليس قبلي حق » ، وكذا يكفي الحلف بسائر أسماء الله تعالى الخاصة . وهل يعتبر العربية أو يكفي بالاسماء الفارسية ونحوها أيضاً ؟ الظاهر الكفاية خصوصاً عند التعذر .

لكن الاشكال في وجود الاسم للذات المقدسة في الفارسي ، واطلاق لفظ « خدا » على الذات المقدسة يقوي في النظر كونه كاطلاق لفظ « الرب » ، لان « خدا » في الفارسية بمعنى الصاحب . ومن المحتمل قوياً ان اطلاقه عليه تعالى من قبيل اطلاق الكلي على أكمل الافراد .

وكيف كان فالظاهر الجواز ، لاطلاق بعض الادلة وعدم صلاحية مافيه خصوص الاسامي العربية للتقييد . والله العالم .

التقاط

[البينة وظيفة المدعي واليمين وظيفة المنكر]

بعد ما عرفت وثبت بالنص والاجماع أنه لابد في طي الدعوى من ميزان للقاضي وأنه لا يكفي مطلق مايكفي في مقام عمل نفس الشخص من الاصول والامارات الشرعية وأنه منحصر في البينة والايمان . فاعلم أن مقتضى الاصل الاولي أن تكون البينة من وظائف المدعي واليمين وظيفة المنكر ، فلو أغمضنا النظر عن المستفيض « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ودار الامر بين مطالبة البينة عن المدعي واليمين عن المنكر أو العكس تعين الاول بمقتضى الاصل المشار اليه .

ونعني بالاصل الاولي ما هو القاعدة والقانون عند العقلاء المستقر عليه طريقتهم والمركوز في جبلتهم في مثل المقام ، فان بناءهم على مطالبة البينة من الذي يدعي خلاف الاصل وعلى تحميل الاثقل من الميزانين عليه والاخف على من يوافق قوله الاصل ، بل بناؤهم على عدم تحميل موافق الاصل شيئاً والاقتصار في الفصل بين المتنازعين على وجود البينة وعدمها .

لكن الشارع تصرف في طريقتهم هذه في الجملة ، بأن نصب للفصل عند

عدم البينة أيضاً ميزاناً وهي اليمين وأمضى ماعليه من مطالبتهم البينة من المدعي .

والحاصل انا اذا وجدنا قول الشارع « فاحكم بينهم بالبينة وأضفه الى اسمي » أوقوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » [١] وعلمنا أن القضاء لابد له من فاصل ولايكفي في رفع الخصومة المشي على طبق كل أصل أو أمارة شرعية يكفي في غير مقام رفع الخصومة حكمنا بمقتضى القانون المقرر عند كافة العقلاء أنه لابد أن يكون المطلوب بالبينة هو المدعي وباليمين هو المنكر ، لان قوة جانبه وموافقة قوله للاصل يمنع من تحميله الاشق والاثقل كما يمنع عند العقلاء من تحميله اليمين .

فان قلت : لولا قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » لم يعلم من قوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ولو بملاحظة طريقة العقلاء أنه لابد أن يتوجه اليمين الى المنكر . لاحتمال كون كل من البينة واليمين ميزاناً مطلوباً من المدعي وكون المنكر مستريحاً من كل تحميل ، لما معه من الاصل الذي هو حجة شرعية . كما اعترفت أن العقلاء بنائهم على ذلك وان لم يمضه الشارع .

هذا مضافاً الى منافي ارجاع البينة الى المدعي من الموافقة والمطابقة لادلة حجية البينة . فان الفصل بمقتضى البينة نحو استعمال لدليل حجيتها الوارد في مقام تحكيمها على الاصول . والحاصل ان المنكر له حجة داخلة . فمطالبة الحجة منه ثانياً أمر بديع لايساعده قانون العرف ولا قانون الشرع المشروع لحجية البينة . فانها شرعت في اثبات ماليس عليه حجة شرعية لا لاثبات ماعليه بعض الامارات الشرعية . وان كانت فيه أيضاً معتبرة على تقدير قيامها .

فظهر مما ذكر أن مطالبة البينة من المنكر خروج عن مقتضى الاصل الاولي

(١) الوسائل ج١٨ ب١ من ابواب كيفية الحكم ح١ و ٢ .

من جهتين : احداهما تنظر الى بناء العقلاء ، والثانية تنظر الى نحو قوله « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » فلابد من ارجاع البينة الى المدعي . ويتعين بذلك رجوع الميزان الآخر . وهو اليمين الى المنكر .

قلت : كلامنا بعد الفراغ عن أن القضاء سواء كان للمدعي أو للمنكر لايكون عند الشارع الا بميزان من الميزانيين المزبورين وان أحدهما وظيفة المدعي والاخر وظيفة المنكر ، ولكن لاتشخص وظيفة كل منهما من وظيفة الاخر ، فحينئذ نقول : ان البينة وظيفة المدعي واليمين وظيفة المنكر . وهذا معنى كلام المحقق وغيره . ومع فقدها - أي البينة - فالمنكر مستند الى البراءة الاصلية ، وهو أولى باليمين .

وليس مرجع هذا الكلام الى الاستناد الى قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » . نعم ذكر قبل ذلك كلاما يرجع اليه حيث قال : البحث الثاني في يمين المنكر والمدعي ، اليمين يتوجه الى المنكر تعويلا على الخبر . فشكر الله سعيه حيث أتى في ضمن كلمتين بما فصلناه من الطريقتين من الاصل الاولي والثانوي المدلول عليه بالخبر .

ثم انه قد خرج عن هذا الاصل موارد وجهت اليمين فيها الى المدعي ، كدعوى الدم مع اللوث . أي قيام امارة شخصية على صدق الدعوى ، ونحوها مما يقدم فيه قول المدعي في أبواب الفقه رعاية لامارة نوعية قائمة على صدق الدعوى . كدعوى الدخول مع الخلوة والتيام الخلقين والسلامة عن المرض أودعوى الانفاق ونحوهذه الموارد . أولامارة شخصية اعتبرها الشارع كدعوى الدم مع اللوث ، أو لوجود مانع عن مطالبة اليمين من المنكر .

والسر في الخروج هو أن ارجاع اليمين الى المنكر انما كان لقوة جانبه ، وفي المواضع المشار اليها لاقوة في جانبه باعتبار قيام الظن النوعي أو الشخصي

على خلافه . بل القوة حينئذ في جانب المدعي . لكن ذلك أيضاً ليس على وجه مطرد . لان الاعتماد ليس على كل أمارة نوعية أوشخصية بل لابد من قيام دليل على اعتبارها . فيكون مرجع ماذكرنا بعد مشاهدة الاصل الى بيان السر والحكمة دون الدليل .

هذا في موارد وجود الامارة . وأما في غيرها فمطالبة اليمين عن المدعي دون المنكر لابد أن يكون لمانع . مثل اختلال النظام وحصول الهرج والمرج والعسر والحرج وتخليد الحبس ونحوها . ومن موارد وجود الامارة القوية لجانب المدعي مالو أقام شاهداً واحداً . فالشاهد واليمين أيضاً من موارد توجه اليمين الى المدعي . والله العالم .

التقاط

[لابد من الجزم في اليمين]

لابد في اليمين أن تكون ناظرة الى الواقع على وجه الجزم . فلو كانت ناظرة الى الظاهر لم يكف . لان اليمين الواردة في الادلة هي اليمين المطابقة للدعوى والدعوى متعلقة بالواقع . وأيضاً حال اليمين والبينة واحد ، والبينة حاكية عن الواقع فكذا اليمين .

وكذا لابد فيها من الجزم . فلو كان الحالف شاكاً معترفاً بشكه لم يكف ، لعدم صدق الاخبار على القضية اذا كان المتكلم بها شاكاً في مطابقتها للواقع ، فلا يشمله الادلة الدالة على تصديق الحالف ، كعدم شمول أدلة تصديق العادل للاخبار المقرون بالشك في المطابقة اذا كان الحال واضحة . نعم مع عدم وضوح الحال فظاهر الاخبار القاضي بالجزم متبع .

والذي يدل على ما قلنا أن خروج معلوم الكذب عن تحت الادلة الامرة

بالتصديق ليس على وجه التخصيص بل التخصص ، لان الخبر المعلوم الكذب ليس بمشمول لعنوان الخبر ، لان الخبر حقيقة في الصادق أوماكان مطابقاً لاعتقاد المخبر ، ولان المأمور بالتصديق ليس الا خصوص ما كان حاكياً عن اعتقـاد المخبر ، وهو الاجود .

[اليمين المتكلة على الامارات والاصول]

اذا تحقق ذلك فاعلم ان مقتضى القاعدة أن اليمين على الواقع نفياً أواثباتاً اتكالا على الامارات الشرعيـة أو الاصول التعبدية لايترتب عليهـا الاثر ، لان المحلوف عليه حينئذ اما الثبوت أوالنفي الظاهريين أوالواقعيين . والاول كأن يحلف المنكر على براءة ذمته أو على عدم كون العين المتنازع فيها للمدعي ظاهـراً :

فان كان الحلف على الظاهري لم يطابق الدعوى ، لان الدعوى متعلقة باشتغال ذمتها واقعاً ، وأما الاشتغال الظاهري المشروط بالعلم فربما لايدعيه المدعي بل ربما يعترف بعدمه اذا علم بجهل المنكر بالحال . فلافائدة في الحلف على عدمه ، لعدم كونه المدعى به كما أشرنا اليه .

وان كان الحلف على الواقعي اتكالا على الامارة الشرعية فهـو وان تطابق الدعوى لكنك عرفت اعتبار الجزم ولو بظاهر الحال في الاخبار الذي يحلف عليه . وهومفقود في المقام بحكم الفرض . لان مجاري الاصول بل الامارات الشرعية غالباً مشكوك . مع أن الظاهر أيضاً حكمه حكم الشك .

وان شئت قلت : ان العلم اعتبر في جواز الحلف موضوعاً لاطريقاً حتى يقوم مقامه الامارات والاصول . هذا بالنسبة الى الحكم الوضعي ، وأما الحكم

التكليفي ثالظاهر الحرمة . لانه قول بما لايعلم وكذب بين . نعم مع وضوح الحال يمكن منع قبحه . لعدم ترتب شيء عليه من الاغراء ونحوه .

ويدل على ماذكر زيادة على كونه مقتضى القاعدة بعض الروايات أيضا . مثل مافي علل فضل بن شاذان المروي في العيون(١) . فانه علل عدم مطالبة البينة من المنكر بأنه جاحد ولايقدر على اقامة البينة ، فلو كان الاخبار بمقتضى الاصل عن الواقع جائزا لكان اقامة البينة على النفي ممكناً بمقتضى الاصل . بل قد يظهر من الاصحاب أنه مفروغ عنه فيما بينهم . لانهم قسموا اليمين الى قسمين يمين البت ويمين نفي العلم . وجعلوا محل الثاني ماإذا تعلقت بفعل الغير ، فلولا عدم جواز اليمين على البت بمقتضى الاصول كانت اليمين مطلقاً على البت . لان متعلق الدعوى اذا كان فعل الغير يحلف على نفيه بتاً بمقتضى الاصل .

هذا ماتقتضيه الادلة . لكن الالتزام به والبناء عليه مشكل ، مع قطع النظر عن خصوص ماورد من جواز الاخبار بمقتضى بعض الامارات . لان ذلك يستلزم سد باب الدعاوي والانكار والشهادات والايمان في كثير من الاشهاد كالملكية والزوجية والنسب والعدالة والطهارة والنجاسة ونحوها ممالايمكن احرازها الا باستعمال أصل من الاصول أو امارة من الامارات .

بل الاشكال جار في جميع الامور التي يترتب عليها الاحكام الشرعية ، فلا يتم الاخبار بالغصب أو الاتلاف أو القتل أو البيع أو الطلاق الى جميع الموضوعات الا مع الاغماض عن بعض الاحتمالات المنافية لتحقق المخبر به اتكالا على بعض الاصول اللفظية أو العملية أو الامارات الشرعية كالفراش وأصالة الصحة ، لانه اذا ادعى ملكية عين في يد شخص فلابد من طرح احتمال دخولها في

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح٦ .

ملك ذي اليد بسبب خفي ولو في سابق الازمان بالنسبة الى الايادي السابقة التي تلقها المدعى من تلك الايادي .

وكذا اذا ادعى ديناً فلابد من الاغماض عن بعض مايحتمل ولو بعيداً من الامور المانعة عن الاشتغال أو الموجبة للبراءة . وأما دعوى الغصب والاتلاف فالاشكال يجري فيما يتعلقان به من المال . وكذا القتل .

وبالجملة من تحلى بحلية الانصاف وجد من نفسه أن الاخبار بأحد هذه الامور في مقام الدعوى أوفي مقام الانكار أو في مقام الشهادة أوفي مقام الحلف أوفي مقام المكاتبة والقصة لايتم الا بعد استعمال بعض الاصول والامارات التعبدية الشرعية أو العقلائية . فلو بني على عدم ترتب الاحكام الوضعية على الاخبار بها في شيء من المقامات المشار اليها الا بعد الاحاطة التامة بواقعيات هذه الامور احاطة علمية جزمية غير مستندة الى أصل من الاصول أو الامارات انسد باب الدعوى والاقرار والانكار والشهادة واليمين . وفساده بمكان لايحتاج الى النظر الخفي .

هذا مضافا الى ماعليه بناء العلماء وسيرة المسلمين وطريقة أهل العرف من جميع الاديان . أما العلماء فان ديدنهم الاخبار بالاحكام الواقعية بصورة الجزم ، كالحكم بأن هذا حرام وهذا حلال . مع أن مستندهم في تلك الاخبارات والفتاوى ليس الا الاصول والامارات الشرعية التي مجاريها مشكوكة .

ودعوى أن قول الفقيه « هذا حرام » اخبار بالحرمة الظاهرية . شطط من الكلام بعد كون الحلال والحرام من دون التقييد بالقيد الظاهري ظاهريين أو صريحين في الحلال والحرام الواقعيين .

وأما المسلمون وأهل العرف من الاديان فان اخبارهم بزوجية امرأة أو ملكية عين أو نسب شخص في مقام القصة أو في مقام الدعوى أو في مقامات

أخرى ، ليس مبنياً على العلم اليقيني بالموضوع الواقعي . أترى أنه لو تزوج أحد بالفارسي تقليداً أو اجتهاداً فهل يتوقف الزوج أو غيره في اطلاق الزوجة على المعقود عليها ، وهكذا من تزوج امرأة ارتضع من أمهات عشر رضعات ، أو غير ذلك من الامثلة التي لاتحصى كماً وكيفاً .

والحاصل ان بناء العرف من العوام والخواص على الاخبار بهذه الامور اذا ساعد عليها أصل شرعي أوامارة شرعية الى تنزيل مجاري الاصول والامارات منزلة الواقع ادعاءاً . نظراً الى مساواته لها في جميع الاثار والاحكام الشرعية برجوع القضية الظاهرة في التنجيز الى البناء والتقدير . بأن يكون معنى قول الفقيه « هذا حرام » أنه حرام بناءاً على مطابقة الامارة القائمة عليه للواقع ، وهكذا معنى قولهم لزوجة زيد انها زوجته نظراً الى ماأفتى به المفتي . وعلى التقديرين فالاخبار متعلق بالواقع بصورة الجزم ولو تنزيلا أو تقديراً .

ومع ذلك كله كيف يمكن القول بعدم جواز الاخبار بالواقع بمقتضى الاصول والامارات ، أم كيف يشترط في الدعوى أو الحلف أو الانكار أو الشهادة الجزم بالواقع بحيث لايكون هناك احتمال يحتاج في نفيه الى التعبد بسبب شرعي أو أصل أو امارة شرعيين . فهل يقول أحد انه لو ادعى زوجية امرأة عقد عليها تقليداً أو اجتهاداً ظنياً ، فهذه دعوى ظنية أو مشكوكة .

فالمسهل للخطب والمهون للامر والجامع بين الادلة وكلمات العلماء هو أن يقال : ان مجاري الاصول والامارات والاسباب الشرعية شرعاً وعرفاً يجري عليها حكم الواقع . فيجوز الادعاء بمقتضى الاستصحاب وكذا الانكار وكذا الشهادة وكذا اليمين ويترتب عليها الاثار الشرعية كلها . لكن يشترط عدم مصادمة الجهة المتكل فيها على الاستصحاب مثلا لدعوى مدعى في مقابلها .

وبذلك يجمع بين ماعرفت من بنائهم وبين ماأثبتوه في كتبهم من اشتراط

البت في اليمين والجزم في الدعوى والعلم في الشهادة ، فنقول: اذا ادعى شخص عيناً في يــد آخر فهنا أمور لابد للمدعي دفعها بالاصل ، مثل احتمالات كون العين المتنازع فيها للمدعى عليه بالاسباب الخفية سابقاً أولاحقاً ويجوز له الاتكال على الاستصحاب في اليمين على الواقع بتاً اذا ردت اليمين اليه ولو علم الحاكم أو المنكر بأن يمينه مستندة من بعض الوجود الى الاستصحاب .

لكن اذا وقع قضية بعض هذه الاصول طرفاً لدعوى المدعى عليه ــ بأن ادعى انتقال العين اليه من جده أو أبيه أو أمه أو نحو ذلك ــ سقط الاصل المزبور من الاعتبار . فلو حلف والحال هذه اتكالا على الاصل لم ينفع ، بل وجب عليه الحلف البتي اذا رد اليه مثلا .

ومن هنا جازت الشهادة بمقتضى الاستصحاب ولو علم الحاكم أو المدعى عليه بالحال ويقضي بالبينة المستندة اليها أيضاً ، لاعتبار الاستصحاب وكفايته في احراز الواقع للشاهد ولغيره . مع أن المنكر لو انقلب مدعياً وادعى المبرىء أو المسقط لم تنفع البينة الاستصحابية حينئذ ولم يجز للمدعي اذا رد الحلف عليه اليمين على البت اتكالا على ذلك الاستصحاب الذي يدعي المنكر خلافه .

[لو كان الاخبار مستنداً الى الاصل]

والحاصل ان السير والتتبع في الفتاوى مع ملاحظة ماجرت عليــه سيرة المسلمين يقضي بقيــام مجاري الامارات والاصول مقام الواقع مطلقاً حتى في مقام الدعوى ، الا الاصل أو الامارة التي يدعي المدعى عليه خلافــه لاجميع الاصول . وحينئذ فلو كان الاخبار مستنداً من جميع الوجود أو من بعضها الى الاصل فان لم يكن في مقابله دعوى ــ بأن كانت الدعوى ناظرة الى جهة غير راجعة الى ماقام عليه الاستصحاب واعتمد عليه المدعي في دعواه الجزمية أو

الشاهد في شهادته أو الحالف في حلفه البتي ـ ترتب عليه جميع الاحكام الشرعيه وضعا وتكليفاً . فلو كان في مقام الدعوى حل له ذلك . ولو كان في مقام الشهادة حل ونفذ . وكذا لو كان في مقام الحلف فتنفصل به الخصومة ، وان كان يدعي المدعى عليه خلافه سقط الاصل في جميع المقامات المزبورة من الجزم من تلك الجهة دون سائر الجهات .

وقد يشكل ذلك بأن المنكر لابد أن يستند في اخباره الى الاصل في بعض الوجود ، خصوصا فيما اذا كانت الدعوى في دين كلي أو عين غير مستندة الى سبب خاص ، فكيف يحلف على البت مع كون جميع الاصول المتكل عليها في مقابلها دعوى المدعي .

والجواب ان الدعوى اذا كانت مطلقة غير مستندة الى سبب خاص معلوم احتملت أسبابا جديدة بعضها معلوم العدم عند المنكر وبعضها مشكوك لابد له في نفيه من الاتكال بالاصل . وحيث أن السبب المشكوك لم يعلم استناد دعوى المدعي اليه لاحتمال استنادها الى السبب الذي يعلم المنكر جزما بانتفائه صح له الحلف البتي . وهذا المقدار يكفي في اعتبار الاستصحاب ولا يجب على المتكل عليه احراز عدم كونه معرضا للدعوى، بل اذا لم يعلم بكونه كذلك جاز له الاعتماد عليه في الاخبار الجزمي .

ومما ذكرنا ظهر سر ماصرحوا به من عدم جواز الحلف بتاً اذا كان متعلق الدعوى فعل الغير ، الا اذا علم المدعى عليه علماً جزمياً بعدمه، لانه اذا لم يعلم ذلك فلابد من الاستناد الى الاصل في الحلف البتي . وقد عرفت ان الاستصحاب اذا كان معرضاً لدعوى المدعي لايجوز الحلف بمقتضاه بتاً، ولو حلف لم يترتب عليه الاثر أيضاً مع العلم بالحال .

وكذا ظهر أن من صرح باعتبار الجزم في صحة اليمين وأنها لايجوز مع

الشك كالشهيد في محكي الدروس وغيره ، فمراده الجزم الذي عليه بناء المتشرعة في مخاطباتهم ومكالماتهم في هذه المشار اليها ، وهو الجزم المبني على تنزيل مجاري الاصول والامارات منزلة الواقع ادعاءاً كما عرفت . لا الجزم المبني على الاحاطة التامة بالواقع . فان مفاسد ذلك مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان . وكذا ظهر أيضاً ان كل مايجوز الشهادة عليه جازت اليمين وبالعكس . والله العالم .

التقاط

[يلزم الحلف على القطع لانفي العلم]

قال في الشرائع يلزم الحلف على القطع مطرداً ، الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم . فلو ادعي عليه ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر حلف على الجزم ، ولو ادعي على أبيه الميت لم يتوجه اليمين مالم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لايعلم . وكذا لو قيل « قبض وكيلك » وأراد بالتقييد بالنفي أن الحلف على اثبات فعل الغير أيضاً لابد أن يكون على القطع والبت . فالاقسام أربعة : اثبات فعل النفس ، ونفيه ، واثبات فعل الغير ، ونفيه . وفي الثلاثة الاولى يعتبر البت ، وفي الرابع يكفي الحلف على نفي العلم لكن بشرط أن يتعرض المدعي لعلم المنكر والا انحصر طريق الدعوى في البينة .

وقد توهم أنه اذا اشترط في الحلف على نفي العلم كان الحلف أيضاً على البت والقطع . لان المدعى بـه حينئذ هو علم المنكر كالوارث مثلا والانكار متوجه اليه . فاذا حلف على عدم العلم كان الحلف قطعياً . فصرح بأن الحلف دائماً على البت .

وليس بوجه . لان التعرض لعلم الوارث شرط لتوجه اليمين في دعوى

المال . والا فأصل دعـوى العلم ليس مما يوجب يميناً على نفي العلم ، ولذا ذكرنا سابقاً أن الجواب بـلا أدري لايستتبع اليمين على نفي العلم ولو ادعـاه المدعي بل يرد اليمين الى المدعي في هذه الحال أيضاً ، أعني في حال دعوى المدعي العلم عليه .

والحاصل ان اليمين على نفي العلم اذا كانت في دعوى المال مع التعرض للعلم خرجت اليمين عن كونها قطعية جزمية وصح تقسيمها الى قسمين ، وانما لايصح اذا كان يمين نفي العلم فيما اذا كان أصل المدعى به هو العلم لا المال مثلا مع اشتراط التعرض للعلم . وفرق بين كون يمين نفي العلم فاصلة لدعوى المال بشرط التعرض للعلم وبين كونها لفصل دعوى العلم ، فانها في الاولى ليست بقطعية بخلافها في الثانية .

[الدعوى على نتيجة الفعل]

ثم ان الدعاوي على أقسام ثلاثة : منها مايتعلـق بفعل النفس مثل الامثلة المزبورة، ومنها مايتعلق بفعل الغير كامثلة المذكورة ، ومنها ماليس من الافعال بل النتائج مع احتمال استناده الى فعل النفس أو فعل الغير .

لا اشكال في حكم الاولين ، وانما الاشكال في القسم الثالث ، مثل دعوى اشتغال الذمة أو ملكية العين أونحوهما من النتائج، فان اشتغال ذمة الشخص مثلا قد يحصل من فعله كالبيع والاتلاف ونحوهما . وقد يحصل من فعـل غيره كدابتـه أو عبده أو مورثه أو نحو ذلك ، فهل يلحق ذلك بفعـل النفس أو بفعل الغير؟ ظاهرهم الاول. فيحكمون في مثلها باليمين على نحو الجزم والقطع.

ويشكل ذلك بأن الدعوى في مثلها غير معلومة التعلق بفعل النفس، لاحتمال تعلقها بفعل الغير كما ذكر .

ويمكن دفع الاشكال بالنظر الى ماحققناه في الالتقاط السابق حيث قلنا :

انه يكفي في اليمين البتية احتمال استناد دعوى المدعي الى مايعلم المنكر بانتفائه لا الى ماعتمد في نفيه بالاستصحاب ، فان مثل ذلك يجري في المقام أيضاً ، لانه اذا ادعى شيئاً يحتمل استنـاده الى فعل المنكر والى فعل غيره فان كانت في الواقع مستندة الى فعل نفسه فالحلف القطعي في محله كما هو واضح ، وان كانت مستندة الى فعل غيره فالحلف البتي على نفي فعـل الغير أيضاً جائز أو مع العلم بانتفائه .

والاستصحاب النافي لاستناده الى أفعال الغير قائم مقام العلم . اذ قد عرفت أن الحلف البتي بمقتضى الاستصحاب جائز اذا لم يكن في طرف الدعوى أو واجب شك في ذلك .

والحاصل ان المنكر في هذه الامثلة اما لم يكن عالماً باستناد دعوى المدعى الى فعل غيره كان كمن يعلم بعدم الاستناد في جـواز الحلف البتي ، نظراً الى كونه احتمالا في مقابل الاستصحاب . لان عـدم العلم باستناد الدعـوى الى الاحتمال المخالف للاستصحاب يكفي في الحلف البتي على عدمه اتكالا على الاستصحاب .

فان قلت : قضية القاعدة ــ ولو بعد تسليم هذه القاعدة أعني جواز الحلف البتي بمقتضى الاستصحاب بشرط عدم مصادمته مع دعوى المدعي أيضاً ــ عدم جواز الحلف البتي . لان الشك في الشرط لايوجب الشك في المشروط ، فاذا احتمل المنكر كون أصالة عدم فعل الغير الذي اتكل عليه معرضاً لدعوى المدعي لم يجز له الحلف البتي . لاشتراط ذلك بعدم كونه معرضاً لها .

قلت : اذا أنكر المنكر الاشتغـال فظاهر اخباره الجزم بالعدم . وهو أمر ممكن ولو بعيدا . كما اذا صالحه المدعي عن المتنازع فيه وقبضه قبل الدعوى فانه حينئذ جازم بعدم الاشتغال . فتأمل .

وظاهر الاخبار يوجب توجه الحلف البتي عليه ، ولو فرض الكلام فيما

اذا علمنا أنه اتكل في بعض الاحتمالات الخفية بالاصل . فنقول حينئذ : انه يكفي في مطالبة الحلف البتي من المنكر عدم احرازه سبب الحلف الغير البتي ، أعني استناد الدعوى الى فعل الغير الذي لايعلم بانتفائه علما وجدانيا ، اما لعمومات الحلف الظاهرة في الحلف البتي كما مر . فتأمل ، أولاصالة عدم استناد الدعوى الى ذلك السبب المستلزمة لاستنادها الى سبب يقتضي الحلف البتي . فتأمل ، أولان الشرط الذي اعتبرناه في الحلف بمقتضى الاستصحاب ـ أعني عدم كونه معرضاً للدعوى ـ أمر ثابت من كلمات العلماء على خلاف ماعليه طريقة المتشرعة قاطبة من الاعتماد على الاصول والامارات في اخبارهم الجزمية ولم يثبت أزيد من ذلك . فنقول :

قضية القاعدة الثابتة من بناء العوام والخواص جواز الحلف البتي بمقتضى الاصل . مثلاخرج من تحتها صورة العلم التفصيلي بكون الاصل المعتمد عليه معرضا للدعوى . وأماصورة الشك في ذلك فهي باقية تحت القاعدة . فتأمل . أو لان ظاهر الاخبار يقتضي كونه جازما بانتفاء جميع الاسباب . سواء كان فعل نفسه أوفعل غيره وعلمنا اجمالا باتكاله في نفي بعض الاسباب على الاستصحاب مثلا لا يمنع عن الحكم بمقتضى ذلك الاخبار الجزمي . وهو الاحلاف على نحو البت . لان سلب جميع الاسباب يتضمن مايتعلق بأفعاله من الاسباب أيضاً . وهو ـ أعني نفي مايرجع الى فعله من الاسباب ـ يكفي في مطالبة الحلف البتي . والمعلوم بالاجمال ـ أعني الاستناد الى الاستصحاب في نفي بعض الاسباب ـ لايعلم رجوعه الى مايتعلق بفعل نفسه وعدم العلم بما يمنع من الحلف البتي كاف في مقابل ظاهر الاخبار المقتضي له .

وتوضيح المسألة : ان المنكر في الامثلة المزبورة التي ظاهر اخباره هو العلم بعدم الاسباب رأساً ان لم يعلم باستناده في نفي بعضها الى الاستصحاب

كما يتفق كثيراً ما فلا اشكال في كون يمينه على نحو البت . لان العالم يمينه على البت سواء كان في فعل نفسه أو في فعل غيره وان علمنا أنه اتكل في نفي البعض الى الاستصحاب . فان علمنا أن ذلك البعض لايرجع الى فعل نفسه وانه ما لم يعلم ما يرجع الى فعله من الاسباب كلا ، فلا اشكال أيضاً في كون يمينه على نحو البت .

لايقال : كيف لا اشكال فيه مع أنه يحتمل استناد المدعي الى فعل غيره الذي اعتمد المنكر في نفيه بالاصل . وقضية تطابق الدعوى واليمين احراز كون الدعوى راجعة الى فعل نفسه حتى يقتصر في فصلها بالحلف القطعي ، والا فمقتضى القاعدة اما الزام المدعي في هذه الصور بذكر السبب أو الجمع بين حلفين : أحدهما القطعي لاحتمال استنادها الى فعل نفسه الذي فرض علم المنكر بعدمه . وثانيهما الحلف على نفي العلم بوجود مايرجع الى فعل غيره من الاسباب .

لانا نقول : اما الزام المدعي بالتفصيل فلا وجه له بعد عدم الدليل عليه وكون دعوى أصل التنمية دعوى صحيحة . وأما الجمع بين الحلفين . ففيه : ان الحلف على نفي فعل الغير مشروط بادعائه المدعي بشرط التعرض للعلم أيضاً . وأصل الدعوى هنا غير معلوم فضلا عن الشرط المزبور . مع امكان أن يقال : ان الحلف على عدم التنمية ينحل الى الحلف البتي على عدم الاسباب التي يعلم بانتفائها وعلى نفي العلم بالاسباب التي يحتمل وجودها .

هذا ان علمنا بأن السبب المنفي بالاصل يرجع الى غير فعل نفسه ، وان علمنا انه يرجع الى فعل نفسه ، فههنا نلتزم بأنه ليس مقام الحلف البتي وأنه لو حلف أيضاً مع علمنا بالحال لاينفع بل يرد اليمين الى المدعي بناءا على ما سمعت في مسألة « لاأدري » على الخلاف المذكور سابقاً .

وان جهل الحال من هذه الجهة بعدالعلم الاجمالي باستناد المنكرفي بعض الاسباب المردد بين فعله وفعل غيره بالاستصحاب فنقول أيضا : وظيفته الحلف القطعي لما ذكرنا من الجري على مقتضى ظاهر الاخبار من العلم بانتفاء جميع الاسباب التي منها فعل نفسه مع عدم معلومية الصارف . وهذا مثل ماقد يقال في اللفظ الواقع في مقابل ظاهر لفظ آخر المردد بين احتمال يكون على تقديره صارفا لفظ الاخر وبين احتمال لايكون صارفا ولامستتبعا بحكم من عدم صلاحيته للصرف حينئذ .

ومثله الكلام فيمانحن فيه ، فان معلومية استنادالمنكرفي نفي بعض الاسباب مع دورانه بين أن يرجع الى فعل نفسه فيمنع عن الحلف أو يرجع الى فعل غيره ويكون فعل نفسه معلوم العدم ، فلايؤثر في شيء لايمنع عن العدول عما يقتضيه ظاهر الاخبار ، وهو عدم الاستناد في نفي فعل نفسه الى الاستصحاب .

[وجوب احراز مطابقة الجواب والحلف للدعوى]

ثم ان تم ماادعيناه من حجية ظاهر الاخبار في عدم استناد المنكر الى فعل نفسه الى الاستصحاب فهو والا ففي المسألة اشكال ، لوجوب احراز مطابقة الجواب والحلف للدعوى . ومع الشك في جزمه بما يتعلق بفعل نفسه كيف لايحرز كون حلفه مطابقا لها .

والحاصل انه لابد من احراز كون الجواب والحلف جوابا وحلفا على كل تقدير . ومن التقادير والاحتمالات كون الدعوى متعلقة بفعل المنكر وكون الانكار الجزمي ناظرا الى أسباب ترجع الى فعل غيره لا الى فعل نفسه ، فلا يمكن احراز المطابقة حتى بالحلف البتي .

وأيضاً كيف يلزمه الحاكم بالحلف البتي مع أن البت على نفي فعل الغير

ليس بلازم شرعاً. ولاريب ان الحلف بناءاً على نفي التنمية حلف على نفي فعل الغير . لان النتائج بنفسها ليست من الافعال بل مسببة منها ، وسلب المحتمل يمكن أن يكون من أفعال الغير . فاذا ألزمه الحاكم بنفي التنمية بتاً فقد ألزمه على الحلف البتي فيما يرجع الى فعل الغير .

توضيح ذلك : ان تعذر العلم بنفي فعل الغير غالباً أوجب قيام الحلف على نفي العلم مقام الحلف البتي . ولافرق في التعذر المذكور بين أن يكون متعلق الحلف فعلا معيناً من أفعال الغير وبين أن يكون غير معين . داخلا تحت أمور يحتمل كون بعضها من أفعال الغير . فاذا كان الحلف على نفي فعل المعين بتاً مرفوعاً عن المنكر لم يعقل مطالبة الحلف على نفي شيء يحتمل أن يكون سببه فعل الغير . بل هذا أولى بالرفع كما لايخفى. ومقتضى ذلك عدم الزامه بالحلف البتي اذا كانت الدعوى في النتائج .

ويمكن دفع الاشكال الاول بظاهر الاخبار كما مر . والاشكال الثاني بأن التعـذر حكمة في رفع الحلف البتي على نفي فعل الغير لا علة . فيقتصر في الخروج عن قضية الاصل الذي قررنا ـ وهو كون اليمين على نحو البت ـ على مورد الحكمة ، وهو ما اذا أحرزنـا كون متعلق الدعوى فعل الغير . ودعوى التنمية ليست دعوى متعلقة بفعل الغير وان كانت متعلقة بفعله بحسب الاحتمال العقلـي .

والحاصل ان الخارج عـن تحت الاصل اذا كانت هي الدعـوى المتعلقة بعنوان فعل الغير لم ينطبق على دعوى أمور يحتمل أن يكون سببها فعل غير معين من الغير ، فيرجع فيه الى الاصل .

وان تم ماذكرنا في رفع الاشكال الاول من احراز كونه جازماً في فعل النفس بمقتضى ظاهر الاخبار ، وتم أيضاً ماذكرنا في رفع الاشكال الثاني من الرجوع

الى الاصل فيما هو خارج عن عنوان المخصص . فهو والا كما هو الظاهر في الثاني بناءاً على كونه تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية ، أمكن أن يقال : ان المدعي حينئذ يطالب بذكر السبب . فان ذكر سبباً يرجع الى فعل نفس المنكر استفصل المنكر ثانياً في تعين ذلك السبب المعلوم بالاجمال انه مجرى الاصل، فان قال انه فعل نفسه كلف بالرد . لان اليمين في فعل النفس لابد أن يكون مع الجزم . وان قال انه فعل غيره كلف باليمين الجزمية . وان قال المدعي لاأعلم السبب استفصل المنكر ايضاً . فان قال ان السبب المتكل في نفيه على الاصل فعل غيره لافعل نفسه كان الحكم كالصورة التي ذكرنا حكمها . وهي مالو علمنا أنه جازم في نفي فعل نفسه . وان قال انه فعل نفسه كلف بالرد أيضا أو يكلف المدعي بالبينة لاحتمال كون مستنده فعل غيره .

| الاراء في يمين نفي العلم |

هذه هي الحال في دعوى النتائج . وأما أصل المسألة فالاقوال فيها أربعة :

« أحدها » - ماذهب اليه بعض العامة من انكار يمين نفي العلم رأساً وانحصاره في الحلف على نفي الواقع جزماً، سواء كان في فعل النفس أو فعل الغير . غاية الامر المنكر اذا كان جاهلا بالحال فهو في مقام تعذر الحلف ووجوب الرد الى المدعي . فيحكم بعد رده أو رد الحاكم أو يقضي بالنكول .

ويدل على هذا الرأي جميع أدلة اليمين . اذ قد عرفت أن ظاهر بعضها وصريح الاخر اليمين الناظرة الى الواقع الذي هو متعلق الدعوى والبينة . فاليمين على نفي العلم ليست من الموازين . غاية الامر انه اذا كان جاهلا يرد . نحو قوله عليه السلام في جواب من سأله عن الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة يستحلف أو يرد اليمين . وقوله عليه السلام في رواية أخرى : لو كان المدعى

عليه حيا لالزم اليمين أو الحق أو يرد[1]. بناءا على سوقه لبيان مجموع موارد القضاء لا لكل واحد حتى ينزل على الصورة المقابلة لليمين والرد معاً كصورة العلم . وقد استوفينا الكلام في توضيحه في مسألة «لا أدري» والجواب بالسكوت .

« وثانيها » ـ مايقابله من انكار اليمين الجزمية رأساً وانحصارها في نفي العلم مطلقاً . سواء كان في فعل النفس أو فعل الغير . ويشهد له ما أسلفنا قبل الالتقاط السابق من بنـاء العقلاء على انحصار فصل الخصومة في وجود البينة للمدعي وعدمها للمدعى عليه من غير حاجة الى اليمين أصلا، لان العمل بهذا البناء وان كان يقتضي استراحة المنكر من الحلف رأساً لكن لما كان يحتمل أن يكون كاذباً في دعواه العلم بالعدم وعالماً بثبوت الحق استحلف حتى يتشخص عدم كونه عالماً بالحق، وإلا فاليمين على نفي العلم لا مساس لها بالدعوى المتعلقة بالواقع . فلا وجه لكونها ميزانا في فعلها وطيها .

والحاصل ان الاكتفاء باليمين على نفي العلم مطلقاً حتى في فعل النفس لاوجه له سوى القول بأن عدم علم المدعى عليه بالحق مع عدم اقامة المدعي حجة شرعية يكفي في الحكم بعدم الحق ، وهو موافق للاصل . لان الجاهل مع عدم قيام الحجة يجري على العدم حتى يجيء مايصرفه عن تكليف نفسه ، وانما يستحلفه على عدم العلم لاحراز جهله وتبعيد اخباره بالعدم المستلزم لجهله عن الكذب .

وعلى هذا يتجه الاكتفاء في مسألة « لاأدري » باليمين على نفي العلم كما سمعته من بعض مشائخنـا . بل لعله مبني على هذا القول ، ولايتم على سائر الاقوال في المسألة كما لايخفى .

ومما يتفرع على القول المزبور : ان المدعي لو اعترف بجهل المدعى

(١) الوسائل ج١٨ ب ٤ من ابواب كيفية الحكم ح ١ .

عليه سقط اليمين رأساً وانحصر قطع الخصومة في اقامة البينة .لان اليمين على نفي العلم اذا كانت فائدته احراز جهل المدعى عليه لعدم صلاحية كونها ميزاناً لفصل الدعوى الناظرة الى الواقع فباعتراف المدعي بالجهل يستغنى عن استكشاف الجهل بالحلف .

ويتفرع عليه أيضاً سماع قيام البينة بعد يمين المنكر . لانه لم يحلف على نفي الواقع حتى يذهب بحق المدعي كما في الادلة بل على نفي العلم ، ولا منافاة بين عدم علمه وثبوت الحق بالبينة وغير ذلك من الفروعات الراجعة الى الثمرة والفرق بين اليمين والبينة ويمين نفي العلم .كما سيأتي الكلام فيها انشاء الله تعالى .

وقد يقال : ان مقتضى هذا القول عدم جواز رد اليمين الى المدعي أيضاً، لان يمين المدعي لابد أن تكون لاثبات الحق وهذا اليمين متعلقها العلم دون الواقع .

ويدفع بمنع الملازمة . اذ اليمين المردودة لابد أن تكون على اثبات الحق وان كانت في الاصل على نفي العلم . ولذا لورد الوارث اليمين الى المدعي حلف على الواقع .

« وثالثها » ـ ماهو المختار عند الخاصة جلا أو كلا ، وهو الذي ذكره المحقق في العبارة السابقة من التفصيل في النفي بين فعل النفس أوفعل الغير ، ففي الاول لابد من البت يعني على نفي الواقع . وفي الثاني يكفي على نفي العلم . ومرجعه الى ملاحظة العسر واليسر الغالبين .كما يصرح به كلمات جملة من الاصحاب المتعرضين لذكر العلة . للتفصيل المذكور كصاحب المسالك وفاقاً للمحكي عن الشيخ .لان العلم بفعل النفس وجوداً وعدماً غالباً أمر ميسور، بخلاف فعل الغير فان العلم بعدمه غالباً متعذر ، فاكتفي فيه بعدم العلم ، فصار

عدم العلم في هذا النوع بمنزلة عدم الحق واقعاً ، ولذا لو اعترف المدعي بعدم العلم سقط دعواه وتتوقف على اقامة البينة .

قال الشهيد « ره » في القواعد : لو ادعى عليه موت مورثه سمعت في موضع السماع ، فلو أنكر حلف على نفي العلم ان ادعاه عليه كما يحلف على نفي غصبه واتلافه . ويحتمل الحلف على البت لكثرة اطلاع الوارث على ذلك. ويحتمل الفرق بين حضوره وغيبته عند موت المدعى به ، والاصحاب على الاول ـ انتهى كلامه قدس سره .

ومبنى الاحتمال الاخير على ملاحظة التعذر الصنفي، لان صنف موت الغائب غالباً يتعذر فيه العلم . كما أن مبنى القول المشهور على ملاحظة العسر النوعي، فان فعل الغير نوعاً مما يعسر العلم بنفيه بخلاف فعل النفس . وهنا احتمال خامس . وهو ملاحظة نوع الافعال . كالاتلاف في حال النوم . فان العلم بهذا النوع متعذر .

وكيف كان فالتفصيل المشهور هو المذهب ، والدليل عليه ـ بعد الحكمة المشار اليها ـ مايظهر من جملة من الروايات :

(منها) تعليل عدم مطالبة البينة من المنكر بأنه لايقدر على اقامة البينة على الجحود في رواية فضل بن شاذان المتقدمة[1] . لان الشهادة واليمين متساويان في كون كل منهما اخباراً جزمياً بالواقع ، فتعليل عدم البينة بعدم امكانها على النفي يدل على عدم اعتبار تعلق اليمين بنفي الواقع اذا كان متعذراً أو متعسراً ، كنفي فعل الغير .

أقول : لايقال قضية التعليل عدم اعتبار تعلقها بالنفي الواقعي مطلقاً سواء

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح٦ .

كان في فعل النفس أو فعل الغير ، فيكون ظهور التعليل دليلا مخرجاً عن ظواهر ماقتضت اعتبار تعلقها بالواقع من الادلة .

لانا نقول: ان الشهادة من الاخبارات المتعلقة بفعل الغير ، فيقتصر في الحاق اليمين بهـا على موردها . ويؤيده أن التعليل قد سبق لبيان العدول عن مطالبة البينة من المنكر الى يمينه . وتعليل أحد الضدين بالعلة المشتركة بينه وبين الضد الاخر قبيح . فلو كان المناط الاخبار بمطلق النفي ــ حتى نفي فعل النفس ــ لم يصح التعليل المزبور للاختصاص باقامة البينة لجريانه في اليمين على فعل النفس أيضاً . فلابد من ارجاع التعليل الى الاخبار المتعلق بنفي فعل الغير .

الا أن يقال : ان هذا ليس بأولى من جعل يمين المدعي التي علل العدول عن البينة اليها بالتعليل المذكور يمين نفي العلم . بل هذا أولى ، لان ظهور التعليل في العموم أقوى من اليمين في البينة الناظرة الى نفي الواقع .

وفيه تعسف لايخفى. لان اليمين المذكور في الرواية ــ خصوصا بملاحظة سائر الروايات ــ كالصريحة في اليميـن الناظرة الى الواقع . فكيف تعارض ظهورها ظهور التعليل في العمـوم مع امكان منع ظهوره بملاحظة كون أصل الشهادة من الاخبارات الناظرة الى خصوص نفي الشيء عن الواقع .

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما لو قال المنكر « لاأدري » . فان التعليل لايجري فيه أيضاً . فلا يقال : ان مقتضاه سقوط الحلف في حقه لتعذره في حقه ، لان تعذر الشهادة على النفي ليس أمرا دائمياً بل غالبيا . فالمدار على غلبة التعذر . ومن الواضح انتفاء العلة فيما يتعلق بنفي فعل النفس . فلو فرض صورة يكون الشخص غير عالم بفعله فهو لايصير منشأ لدخول نوعه تحت عموم العلة .

فان قلت : ان قضية التعليل سقوط الحلف على نفي فعل الغير بتاً . ولكنه لايـدل على الاكتفاء بالحلف على نفي العلم ، بل مقتضى القاعدة بعد سقوط

الحلف البتي تعين الرد الى المدعي بقوله عليه السلام « أو يحلف أو يرد » .

قلت : الاجتزاء بيمين نفي العلم انما يستفاد من التعليل بعد ملاحظة أنه لابد للمنكر من الحلف ، فبمقتضى قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

فان قلت : اليمين المذكورة هي اليمين على نحو البت كما مر غير مرة ، فاذا خرج مورد عن صلاحية الحلف البتي دخل تحت قوله عليه السلام « أو يرد » ودعوى تخصيص عموم البينة على المدعي . كما ترى .

قلنا : يستكشف من التعليل المزبور أن عدم العلم بفعل الغير ينزل شرعاً منزلة العدم الواقعي. فالحلف على نفي العلم به حلف جزمي ولو ادعاءاً. فلا يلزم تخصيص في العموم المزبور — فافهم .

(ومنها) الرواية الواردة في الرهن[1] ، وفيها تصريح بأن الوارث يحلف على نفي العلم بما ادعى على المورث

(ومنها) رواية حفص الواردة في جواز الشهادة بمقتضى اليد[2] . وحاصل مضمونها أن الراوي اعتقد عدم جواز الشهادة على ملكية ما في اليد بمقتضى اليد ، معللا باحتمال كونه لغيره وانما تجوز على اليد ، ورده الامام عليه السلام بأنك اذا اشتريت منه ما في يده فهل تحلف على أنه صار ملكك .

وجه الاستدلال : ان الحلف على دخول ما اشتراه من ذي اليد في ملكه مع احتمال اليد التي تلقه منها على غير الحقية يرجع الى الحلف على نفي فعل الغير . لان احتمال كون تلك اليد غاصبة أو نحوها من الاحتمالات المخالفة للاصول لابد منه في الحلف البتي على لازم حقية اليد — أعني الملكية — وقد

(١) الوسائل ج٦ ب٣٠ من ابواب أحكام الرهن ح١ .

(٢) الوسائل ج ب من ابواب كيفية الحكم ح

حكم الامام عليه السلام بجواز هذا الحلف . فعلم أن الحلف على نفي فعل الغير مع عدم العلم أمر جائز .

فان قلت : مقتضى الرواية جواز الاعتماد على الاصول في الحلف ، وأين هذا من الدلالة على أن المدعى عليه يحلف على نفي العلم بفعل الغير وانه يجزيه عن الحلف البتي .

قلنا : الحلف البتي على مايتوقف على نفي فعل الغير بالاصول حلف على نفي العلم مع وضوح الحال بأن علم أنه استند في هذا الحلف على الاصول ، اذ لافرق بين قوله « والله لاعلم لي بما تدعيه » وبين قوله « والله ليس ماتدعيه حقاً » . مع العلم بأنه اعتمد في نفي الدعوى على الاستصحاب . وهكذا حال الحلف على مايتوقف على نفي فعل الغير .

الا أن الانصاف أن في دلالتها على المدعى نظر ، لان جواز كون الحلف البتي مستنداً الى الاستصحاب لايدل على الكفاية به مع وضوح الحال .

والحاصل : ان مدلول الرواية أنه يجوز للشخص الاعتماد في نفي فعل الغير بالاستصحاب وابراز الحلف بصورة البت فيما بينه وبين الخصم ، والمدعى كفاية الحلف على نفي العلم بفعل الغير أو على نفيه بمقتضى الاستصحاب ، مع وضوح الحال في مقام الدعوى عن الحلف البتي الغير المستند ظاهراً الى الاستصحاب .

مضافا الى مافي الرواية من الاشكال : تارة من حيث كون الحكم في المقيس عليه من جواز الشهادة على الملك بمقتضى اليد خلاف قول الاكثر ، وأخرى من ثبوت الفرق بين المقيس والمقيس عليه ، لان عدم دلالة اليد على الملك لا ينافي سببيتها لانتقال ما في اليد الى المنتقل اليه ، اذ يمكن كون اليد يد وكيل أو مأذون ، فمقتضى أصالة الصحة في اليد — وهي التصرف والشراء الواقعيين —

صحة الشراء وانتقال العين الى المشتري ، فرد عدم جواز الشهادة على الملك بمقتضى اليد بجواز الحلف على الملكية بعد الشراء من المشتري يرجع الى بعض المعاني الذي علمه عند الامام عليه السلام .

[يمين نفي العلم هل هي فاصلة للدعوى]

ثم ان يمين نفي العلم هل هي فاصلة للدعوى . بمعنى كونها ميزاناً للقضاء كاليمين على نحو البت ، أو توجب متاركة الدعوى وانقطاع السلطنة الفعلية .

وهذان الاحتمالان جاريان في يمين نفي العلم مطلقا حتى على القول بالاكتفاء في فعل النفس ، ويتفرع عليهما أنه على الثاني فالدعوى باقية . بمعنى أن المدعي على حجته لو أقام البينة ويجوز المقاصة أيضاً ولا يحرم نقض الحكم المستند اليها ـ الى غير ذلك مما سمعت في يمين المنكر سابقاً . وأما على الاول فقد يقال انها مشاركة لليمين البتية في جميع الاحكام ، فلا تسمع البينة بعدها ولا يجوز المقاصة ولانقض الحكم ـ الى غير ذلك من الامور

وقد يفصل على هذا التقدير بين الاحكام المزبورة ، فالبينة تسمع كبينة الغائب بالنسبة الى اليمين الاستظهارية ، اذ الوجه في عدم سماع البينة بعد يمين المنكر كونها مكذبة لها ، وههنا لاتكذيب . اذ لا منافاة بين تصديق يمين نفي العلم والعمل بالبينة القائمة على الواقع .

ودعوى أن قضية كون الشيء ميزانـا للقضاء سقوط الدعوى بعدها رأساً بحيث لاتسمع اقامة البينة بعدها ممنوعة . لان المناط في سقوط الدعوى رأساً وسقوط اعتبار البينة تنافي مقتضى البينة لمؤدى الميزان الذي فصلت الدعوى به ، وأما مع عدم التنافي فلا . ولذا قلنا ان البينة بعد اليمين المردودة مسموعة حتى لو قيل بأنها كالاقرار . فلو حلف المدعي بعد رد المنكر على شراء الدار

المتنازع فيها مثلا قضي له . لكن لو أقام المنكر البينة على انتقالها اليه بعد الشراء سمعت بينتها .

نعم لو أقر المنكر من أول الامر بأن الدار ملك المشتري لم تسمع بعده اقامة البينة . ولكن اليمين المردودة التي هي بمنزلة اقراره في الالزام لاتمنع عن سماع البينة . لان عدم السماع في صورة الاقرار كان لاجل تكذيبه لها باقراره لا لاجل كون الاقرار حجة عليه وميزاناً للقضاء حتى يجري حكمه في البينة المردودة .

والحاصل ان يمين نفي العلم اذا كان ميزانا للقضاء والفصل فليس كاليمين البتية من جهة عدم سماع البينة بعدها، بل بمنزلة اليمين الاستظهارية في الدعوى على الغائب . ومثل اليمين المردودة بالنسبة الى اليمين التي لاتنافيها .

وأما المقاصة ففيها اشكال من حيث اختصاص أدلة حرمتها باليمين البتية ، لكونها المتبادرة من اليمين الواردة في الادلة . فلا تجري في يمين نفي العلم ولو كانت ميزانا . ومن حيث قيام عدم علم المدعى عليه مقام عدم الواقع شرعاً نظرا الى قبول اليمين النافية للواقع في حقه للعسر الغالبي باليمين على نفي العلم .

وأما سائر الاحكام فلا بد من النظر في أدلتها أيضاً . فيبقى من الفرق بين الاحتمالين عدم سقوط الدعوى في الثاني دون الاول وان لم يمنع عن سماع البينة بعده . فتأمل والله العالم .

التقاط

[دعوى علم المدعي بالمدعى عليه]

قد عرفت أن الدعوى اذا كانت متعلقة بفعل الغير كفى في فصلها يمين المدعى عليه على نفي العلم بشرط أن يتعرض المدعي دعوى الواقع علم المدعى عليه ،

بأن يقول « لي على مورثك كذا وأنت عالم به » . والكلام هنا في موضعين :
أحدهما في دعوى العلم مستقلا لافي ضمن دعوى الواقع . وهذا لااختصاص له بفعل الغير . فيجري فيما لو ادعى على أحد انك عالم باشتغال ذمتك بكذا مثلا . والثاني دعوى العلم في ضمن دعوى الواقع . ومحله فعل الغير ، اذ لا تأثير لدعوى العلم فيما يتعلق بفعل النفس .

(أما الموضع الاول) فمحصل القول فيه : ان دعوى العلم ان رجع الى دعوى الواقع بناءا على كون العلم حقيقة في الاعتقاد الجازم المطابق الى دعوى الواقع وهو واضح . والغرض للعلم يقع لاغيا في فعل النفس ومؤثرا في الاحلاف على نفي العلم في فعل الغير وان لم يرجع الى دعوى الواقع . كما اذا كان المراد من العلم مجرد الاعتقاد ، فالظاهر عدم سماع مثل هذه الدعوى ، لان الاعتقاد لايترتب عليه الاثر . نعم لو قيل بأن الاعتقاد في حكم الاقرار كانت دعواه مسموعة .

(وأما الموضع الثاني) فظاهر كلمات الاصحاب أنه يشترط في احلاف المدعى عليه دعوى المدعي بطريق الجزم علم المدعى عليه . لكن الذي يقتضيه النظر في الادلة والتأمل في الفتاوي أن المراد بتعرض دعوى العلم عدم اعتراف المدعي بجهل المدعى عليه لاشتراط جزمه في الدعوى . فما لم يعترف بجهله حلف المدعى عليه يمين نفي العلم ، سواء علم بعلمه أو ادعاه أو لم يعلم وسكت .

والسر في ذلك : ان الشارع أقام يمين المدعى عليه هنا مقام الحلف على نفي الواقع . فلابد للمدعى عليه من الحلف اما على نفي الواقع أو نفي العلم أو الرد ، سواء ادعى المدعي علم المدعى عليه أو لم يدع بل اقتصر على مطالبة اليميـن .

ودعوى أن دعوى العلم اذا كان مع الاحتمال دون الجزم كانت الدعوى غير مجزومة فلا تسمع . مدفوعة بأن دعوى أصل المال لما كانت جزئية كفت

في سماعها. وعدم علمه بعلم المدعى عليه لايجعل أصل الدعوى ظنية أوشكية .

نعم يرد هذا على من زعم بطلان تقسيم اليمين الى القسمين وانها منحصرة في البتية ، بناءاً على ارجاع يمين نفي العلم بفعل الغير الى دعوى العلم لا الى دعوى الواقع كما نقلنـاه آنفاً ، اذ لابد له من الالتزام بسماع الدعوى الغير المجزومة هنا . واستثناؤه عما ذكروه من اشتراط الجزم في الدعوى أو من القول بسقوط الدعوى حينئذ واشتراطها بدعوى العلم جزماً .

وبعبارة أخرى: ان يمين الوارث على نفي العلم ان جعلناها فاصلة لدعوى الواقع وقلنا بصحة التقسيم ، لم يرد على القول بعدم اشتراط الجزم في دعوى العلم شيء . وأما لو جعلناهـا فاصلة لدعوى العلم وقلنا ان اشتراط الاصحاب دعوى العلـم على الوارث لاجل سقوط دعوى المال رأساً وعدم توجهها الى الوارث وانما المتوجه اليه هي دعوى العلم . يرد عليه أحد أمرين : اما عدم سماع الدعوى في صورة شك المدعي في علم الوارث ، أوالقول باستثناء هذه الدعوى عن حكم سائر الدعاوي في شرط الجزم ، وهو كما ترى مما لا يلتزم به أحد .

ودعـوى امكان الالتزام بالاول ـ أعني عـدم سماع الدعوى في الصورة المزبورة لظهور كلام الاصحاب في اشتراط الجزم في دعوى العلم ـ يدفعها مايأتي من عدم الظهور أو قيام القرينة على خلافه .

[الدليل على عدم الجزم في دعوى العلم]

تم الدليل على ماادعينا من عدم اعتبار الجزم في دعوى العلم بل عدم اعتبار دعوى العلم رأساً بل للمدعي احلاف المدعى عليه من دون دعوى العلم اذا لم يعترف بعدم علمه اطلاق الادلة الماضية الناطقة بانحصار أمر المدعى عليه وخلاصه

من تبعة الدعوى بأحد أمور أما أداء الحق أو اليمين أو الرد . فنقول :

اذا لم يعترف المدعي بعدم علم الوارث مثلا وقال « لاأدري أنت عالم أم لا » فهذه الصورة اما داخلة في الاطلاقات والعمومات أو خارجة . والثاني لا سبيل اليه . ودعوى مساواة هذه الصورة لصورة الاعتراف بجهله ، مدفوعة بأن صورة الاعتراف لايتصور فيه الحلف . ضرورة مساعدته المدعى له في عدم الحلف . فكيف يستحلفه عليه . والاستحلاف على نفي الواقع أيضاً لا سبيل له ، لكون الدعوى متعلقة بفعل الغير . فعلى الاول ثبت المدعى وهو الاحلاف أو الرد .

فان قلت : ظاهر مادل على انحصار أمر المدعى عليه في الثلاثة هو الانحصار فيما اذا كان وظيفة المدعى عليه اليمين البتية . فلا يجري فيما اذا كانت وظيفته اليمين على نفي العلم .

قلنا : بعد ماعرفت أن اليمين على نفي العلم بمنزلة اليمين البتية في فعل الغير . جرى فيه حكم اليمين البتية حرفاً بحرف — فافهم .

هذه حال الادلة . وأما كلمات الاصحاب فظاهرها اشتراط دعوى العلم وان كان هو سقوط الدعوى مع عدم التعرض لدعوى العلم . لكنا نزلها على ماقلنا من الاحتراز عن صورة الجعل بقرينة عموم الادلة المشار اليها مع العلم أو الظن بعدم عثورهم على دليل مخرج غير مادل على الاقناع من الوارث ونحوه بالحلف على نفي العلم ، فانه قاصر عن افادة ماصرحوا به من اشتراط دعوى العلم الا بالمعنى الذي قررنا به .

والحاصل ان ظواهر الادلة كما قد يصار عنها بظواهر كلمات الاصحاب كذلك قد يصار بها عن ظواهر الكلمات اذا لم يطمئن منها مايوجب الخروج عن ظواهر الادلة ، ونحن لما نظرنا الى عدم ثبوت الدليل المخرج في أيديهم

أيضاً وعلمنا انهم لم يشترطوا دعوى العلم لاجل دليل تعبدي مخفي علينا، علمنا أن مقصودهم من اشتراط العلم مقدار مايساعد عليه القواعد العامة ، وهو اخراج صورة الاعتراف . فان عدم سماع الدعوى حينئذ موافق للقواعد .

هذا مضافا الى ماستقف من بعض القرائن في كلامهم على ماذكرنا . حيث يفرعون على اشتراط دعوى العلم أنه لو ساعده المدعي على عدم العلم لم يسمع دعواه ، فان المقصود لو كان اشتراط دعوى العلم كان دائرة التفريع أوسع فيشمل مالو لم يساعده على عدم العلم بل قال « لاأدري أنت عالم أم لا » ـ فافهم وانتظر تمام الكلام فيما بعد . والله العالم .

التقـاط

| دعاوى لايعلم فيها كيفية الحلف |

يشكل الحال في فروع من حيث كون الحلف فيها على البت أو على نفي العلم : منها دعوى اتلاف البهيمة زرعاً أو غيره . ومنها دعوى جنايـة العبد ـ الى غير ذلك من الفروع المذكورة في كتب الاصحاب .

| دعوى اتلاف البهيمة شيئا |

(والاظهر في المسألة الاولى) الالحاق بفعل النفس . بل هو هو . توضيح ذلك : ان اتلاف البهيمة تارة يكون عن تقصير المالك في الحفظ وأخرى لاعن تقصير . والدعوى في الصورة الاخيرة غير مسموعة . فلابد من فرض الكلام في صورة التقصير . بأن ادعى عليه التقصير وأنكره .

وهذا لااشكال أيضاً في كون الدعوى متعلقة بفعل النفس . ومحل الاشكال

ما اذا كان أصل التقصير الذي هو سبب شرعي للضمان مسلماً وكان الاختلاف في الاتلاف .

وجه الاشكال : ان الاتلاف فعل الغير المدعى عليه جداً ، وكون البهيمة لازمة لها لايوجب صدق فعل النفس عليه . فيلزم الحلف على نفي العلم لكونه فعل الغير . أو للمناط الذي أشير اليه من التعذر الغالبي ، فان التعذر الغالبي اذا كان الموجب لسقوط الحلف البتي في نفي فعل الغير الذي يصدر من المكلف الذي له ذمة ، لزم أن يكون كذلك في مطلق فعل الغير . بل في غير الفعل أيضاً من الامور الخارجية التي تؤثر في الضمان كالريح .

والجواب : ان اتلاف البهيمة من حيث كونه اتلافاً صادراً من البهيمة لا تسمع دعواه ، وانما تسمع دعواه من حيث كونه دخيلاً في اتصاف فعل الشخص بكونه سبباً للضمان . ولايلزم في تعلق الدعوى بفعل النفس عدم مدخلية أمر خارج عن فعل النفس فيه . والالم يسمع دعوى البيع أيضاً ، لان البيع الصحيح - أي نفس الايجاب الصحيح - يناط تأثيره بأمور كثيرة لا ترجع الى فعل البائع ، ككون المبيع مملوكا أو مأذونا أو مرئياً أو نحوها من الاوصاف التي لو فرض تجرد البيع عنها لم تسمع دعواه مجرداً عنها .

والحاصل ان المدعى به اذا كان أمرا يرجع الى فعل النفس ذاتا أو صفة أو ملحقاً كان من موارد دعوى فعل النفس . ولا يلزم من كونه من هذه الموارد رجوعه الى فعل النفس بكله وتمامه .

فان قلت : قضية رواية العلل الحاق المقام ونحوه بفعل الغير وان كان يصدق عليه انه يرجع الى فعل النفس في الجملة . لان عموم التعليل المشتمل عليه الرواية يقتضي سقوط الاحلاف البتي ، حيث يرجع الى نفي أمر يرجع الى

غير المدعى عليه ، فقد لايتعذر العلم بالنفي مع تعين الحلف على نفي العلم وقد يتعذر مع وجوب البتي وقد يجتمعان .

والحاصل ان القدر المتيقن فيما خرج عن تحت أصالة كون الحلف على نحو البت ليس الاماكان فعل الغير المدعى به سبباً لاشتغال ذمة المدعى عليه أو لثبوت حق عليه أو نحو ذلك . وأما مطلق فعل الغير حتى مثل الامور التي توجب اتصاف فعل النفس بالسببية فلا . اذ ليس في أدلة الباب اطلاق أو عموم ، بل استنقدنا سقوط الحلف البتي عن مثل الوارث عن مجموع ما في الباب من الاخبار وكلمات الاخيار . وليس فيها اطلاق يقضي بالبت في كل ماهو خارج عن فعل النفس . ولذا لو كان المدعى به أمرا غير راجع الى فعل فاعل كان الحلف على البت أيضاً مثل دعوى وجود التركة للميت أو دعوى موت المورث أو دعوى هبوب الريح فيما يترتب عليه ضمان على المدعى عليه أو غير ذلك .

والحاصل ان المدار في يمين نفي العلم كون المدعى فعلا صادرا من الغير من غير أن يؤثر وجوده في فعل النفس . فلو لم يكن كذلك فالحلف على البت سواء لم يكن فعلا أصلا أو فعلا مؤثرا في فعل النفس . والوجه ما أشرنا اليه من الاقتصار فيما خالف الاصل على العذر .

ومن هنا يعلم أنه لو كانت الشبهة من جهة الشك في كونه فعل الغير أو فعل النفس فاليمين أيضاً على البت .

[دعوى جناية العبد]

(وأما المسألة الثانية) فالاظهر أن الدعوى متعلقة فيها بفعل الغير – أعني العبد – لان فعل العبد سبب للاتلاف مستقل من غير أن يرجع الى فعـل سيده ذاتاً أو صفة ، وعدم ثبوت الذمة للعبد أو ثبوتها لامدخلية له في كون الاتلاف

صادراً من العبد . غاية الامر انه على تقدير عدم ثبوت ذمته تكون جنايته خسارة على سيده .

وهذا لابد منه في كل مقام يكون الدعوى متعلقة بفعل الغير ، اذ لولا تأثير فعل الغير في ثبوت حق على المدعى عليه لم تتوجه الدعوى ، ولذا يشترط في سماع الدعوى على الميت أمور لولا أحدها لم يتعلق حق على الوارث ، ففعل العبد مثل فعل المورث من حيث كون كل منهما فعل الغير ومؤثراً في ثبوت حق على المدعى عليه ، غاية الامر انه على تقدير ثبوت الذمة للعبد عدم توجه الدعوى على السيد في فعل العبد كعدم توجهها في الدعوى على الميت مع عدم اجتماع شروط اشتغال ذمة الوارث أو ثبوت حق عليه . والله العالم .

التقاط

[تتوجه اليمين على الوارث في صور ادعاء العلم]

قال في الشرائع : لاتتوجه اليمين على الوارث مالم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وانه ترك في يده مالا ، ولو ساعد المدعي على عدم أحد هذه الامور لم تتوجه .

ومثله قال في القواعد. قال: ولاتتوجه اليمين على الوارث مالم يدع علمه بموت مورثه وبحقه وأنه ترك مالا في يده . فلو سلم المدعي جهل الوارث بأحدها لم يتوجه عليه حق .

وظاهر العبارتين كالمسالك أن المدعي على تقدير الاعتراف بجهله بالحق أو الموت سقط الدعوى رأساً ، بمعنى أن الدعوى حينئذ من الدعاوي التي لاتستحق الجواب .

وفيه اشكال من حيث أن الدعوى حينئذ مسموعة بالبينة بالاتفاق ظاهراً ،

فلابـد من تنزيل كلامهم على عدم سماع الدعوى مجردة عن البينة ، فيكون المراد من عدم توجه الدعوى كما في المسالك أو عدم توجه الحق كما في القواعد عدم توجهها ، أي عدم ترتب شيء عليها بمجردها مع عدم البينة .

ولاضير في ذلك . لان أمثال هذه المسامحة غير عزيزة في كلماتهم . ألا ترى أن المحقق جعل من شرائط توجه اليمين دعوى أصل التركة في يد الوارث لادعوى علمها. بناءاً على عطف قوله « وانه ترك » على «العلم» لا «الموت» ، كما هو الظاهر . خصوصاً بعد ملاحظة مايصرح به بعـد ذلك من كون حلف الوارث على نفي التركة لابد أن يكون بطريق القطع والبت . مع أن دعوى التركة من شرائط أصل الدعوى على الوارث لاتوجه اليمين . اذ لو لم يدعها وقعت الدعوى لغواً محضا .

ومثله عبارة القواعد في المسامحة . حيث صرح بأن المدعي لو سلم جهل الوارث بأحـد الامور المزبورة لم تتوجـه الحق . مع أن من جملة الامور المزبورة دعوى أنه ترك مالا. فان أراد من الحق اليمين لم يحسن جعله دعوى التركة أو دعوى العلم بهـا من شرائط التوجه . لان دعوى أصل التركة من شرائط أصل الدعوى لامن شرائط توجـه اليمين . الا أن يقال : شرط سماع الدعوى شرط لتوجه اليمين أيضا. ودعوى العلم بها ليست شرطاً لسماع الدعوى ولالتوجه اليمين . اذ لو اعترف المدعي بجهل الوارث بالتركة وأثبتها بالبينة ثم ادعى عليه العلم بالحق توجه اليمين أيضاً .

وتبعهم في المسامحة أيضاً الشهيد « ره » في محكي الدروس حيث ذكر في شرائط توجه اليمين الى الوارث دعوى المدعي موت المورث ووجود التركة ، وكذا ذكر في شرط سماع الدعوى دعوى المدعي علم الوارث .

والحاصل ان أمثال هذه المسامحات في كلامهم كثيرة ، فلابد من محافظة النظر عن الجمود على ظاهرها بعد الظفر بما هو المراد الواقعي .

[المراد من دعوى علم الوارث]

وكيف كان فقد ذكرنا قبل الالتقاط السابق ان ظاهر هذه العبارات وان كان شرطية دعوى العلم . فلا يتوجه اليمين مع عدم الدعوى كما صرح به بعض مشائخنا «ره» ، الا أن مقتضى التأمل الصادق سقوط هذا الشرط بالمعنى المزبور وكون المراد الاحتراز عن صورة اعتراف المدعي بجهل الوارث . وذكرنا أيضا بعض الادلة عليه ونزيد هنا ونقول :

ان قضية الادلة العامة أن كل مدعى عليه عليه اليمين أو الرد ، مثل قوله « يستحلفه أو يرد »[1] ومثل قوله « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه »[2] . فالوارث لابد له من الحلف أو الرد مطلقاً ادعى عليه العلم أم لا ، خرج صورة اعتراف المدعي بجهله لعدم فائدة للحلف هنا . لان حكمة تشريع الحلف كونه تشفيا للمحلوف له وأمارة لغيره ، وبعد مساعدة المدعي بجهل المدعى عليه لم يترتب عليه التشفي كما لايخفى . وكذا لا يعقل كون الحلف على نفي العلم أمارة الى الواقع .

وقد يوجه عدم الحلف في صورة الاعتراف بأن الحلف انما هو لدعوى العلم ، فحيث لادعوى فلاحلف . وهذا مبني على كون يمين نفي العلم مشروعة لاجل فصل دعوى العلم لادعوى الواقع . وقد ذكرنا مرارا فساده .

وأما الادلة الخاصة فهي أيضاً مطلقة . اذ ليس فيما استدللنا به على شرعية

(١) الوسائل ج١٨ ب٤ من ابواب كيفية الحكم ح١ .

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح١—٦ .

يمين نفي العلم في فعل الغير مثل رواية العلل المعللة ومثل رواية الرهن ومثل رواية حفص الواردة في اليد تقييد بصورة دعوى العلم الا من يمنع اطلاقها ويدعي ورودها في غير المقام[1] .

نعم يمكن الاستدلال برواية البصري الواردة في الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بماله . قال : فيمين المدعى عليه . فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه ، وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه ، فان حلف فلا حق له . الى أن قال : فان ادعى ولا بينة فلا حق له — الحديث[2] .

وجه الدلالة من وجهين :

أحدهما — أنه قد اجتمع فيه كيفية تحرير الدعوى على الحي وكيفية تحرير الدعوى على الميت مع اتحاد الكيفيتين . فلو كان الدعوى على الميت لها كيفية مغايرة كما على تقدير اشتراط دعوى العلم كان الواجب التنبيه عليها .

لا يقال : ما نحن فيه هي الدعوى بلا بينة ومورد الرواية الدعوى مع البينة ، ولا نقول ان دعوى العلم شرط في الثاني أيضاً بل فيما لم يكن للمدعي بينة ، فان لم يتعرض للعلم حينئذ لم تسمع دعواه سواء كان شاكاً أو معترفاً بعدم العلم .

لانا نقول : قيام البينة وعدمه انما هو بعد تحرير الدعوى . ويظهر من الرواية ان كيفية تحرير الدعوى على الميت ليست كيفية مغايرة لكيفية تحريرها على الحي — فافهم .

والثاني — ان قوله « فلا حق له » بظاهره مخالف للاجماع ، اذ لو ادعى المدعي علم الوارث واستحلفه ونكل عن الحلف أورده وحلف المدعي أثبت

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم .
(٢) الوسائل ج١٨ ب٤ من ابواب كيفية الحكم .

عليه الحق . فلابد من تقييد اطلاقه بما دل على ثبوت الحق بعد نكول الوارث عن الحلف واطلاق أدلة التقييد . وهي التي تدل على عدم خلاص المنكر الا بالحلف مع عدم البينة الواقعية يقضي بثبوت الحق بالنكول عن الحلف مطلقاً، سواء كان مع دعوى العلم أولا ، ولاريب ان اطلاق المقيد حاكم على اطلاق المطلق . فلايقال : ان قوله « لاحق » عام أومطلق خرج عن تحته صورة نكول الوارث عن الحلف مع دعوى العلم . وأما مع عدم دعواه فلادليل على خروجها عنها ، بل قضية اطلاقه البناء على عدم ثبوت الحق . وهو معنى اعتبار دعوى العلـم .

ثم الظاهر أن يمين نفي العلم بفعل الغير رخصة لاعزيمة . فيجوز له الحلف البتي اذا كان عالما بالواقع ويجزيه . وهل يجزيه الحلف على النفي الظاهري ، بأن يحلف على نفي فعل الغير بمقتضى الاستصحاب مثلا أم لابدمن الحلف على نفي الواقع جزمـاً أو على نفي العلم وجهان . من أن الحلف على عـدم العلم بشيء والحلف على عدمه الواقعي اتكالا على عدم العلم به . مرجعهما واحد ، ومـن الاقتصار في الخروج عن أصالة كون الحلف على نحو البت على القدر المتيقن . وهو الحلف على نفي العلم . والله العالم .

التقـاط

[الغريم مولى العبد عند الادعاء عليه]

قال في الشرائع : اذا ادعي على العبد فالغريم مولاه . ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية . والمراد بالغريم من يؤخذ بالحق ويطالب منه ، يعني ان المدعى عليه هو العبد فيعامل معه مايعامل مع المدعى عليه الحر من حيث

السؤال والجواب والاقرار والانكار والحلف والرد الى غير ذلك من وظائف الدعوى ولكن الغريم مولاه .

فان ثبت على العبد شيء بمقتضى ميزان القضاء . فان كان أثره يرجع الى العبد فيما بعد العتق كالاتلاف فالمالية ونحوها فلا شيء على المولى. وان كان أثره مما يرجع الى العبد عاجلا ـ على معنى أنه لو كان حراً كان عليه شيء من الحقوق ـ فهذا يطالب به المولى، بمعنى أن المولى حينئذ يقع طرفاً للمنازعة والمخاصمة من حيث دفع الحق . فان كان ذلك الميزان الذي فصل به الدعوى على العبد حجة شرعية مثل البينة فعلى المولى دفع الحق ، والا فلابد للمدعي من اقامة الحجة عليه وطرح النزاع معه .

وليس المراد أنه اذا الزم العبد بكل ميزان شرعي لزم المولى الحق، بل المراد أنه لاشيء على العبد عاجلا . وانما الحق الذي ادعى على العبد من المال أو الجناية على المولى . وأما ان ذلك الحق يلزم المولى فعلا أو شأناً فهو موكول الى مساعدة القواعد .

ومما ذكرنا في معنى العبارة يسقط جل ما في المسالك من الاشكال على العبارة أو كله .

التقاط

[عدم سماع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة]

لااشكال ولاخلاف في عدم سماع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ، لانه كلما يتوجه الدعوى على الحلف وعكسه النقيض كلما لايتوجه الحلف لايتوجه الدعوى . ولم يتقرر الحلف طريقاً شرعياً الى ثبوت الحد اجماعاً ، مضافاً الى النص والاعتبار الجلي المستنبط من الأخبار .

ولان حلف المنكر هنا لاطائل تحته، لان فائـدة الحلف كما أشرنا اليه هو التشفي للمحلوف له وهو المدعي مثلا ، والمحلوف له هنا هو الله تعالى .

هذا في حق الله المحض، وأما مورد تعلق الحقين فان كان حق الادمي حق مالي كالسرقـة فيعمل في كل حق بمقتضاه ، وان كان حقاً غير مالي كالقذف ففي سماع الدعوى بلابينة وجهان أوقولان ، واطلاق أدلة القضاء يقتضي السماع . والله العالم .

التقــاط

| مواضع تسمع الدعوى فيها مجردة عن البينة |

قد عرفت عـدم سماع الدعوى مجردة عن البينة في غير حـق الله وعدم خلاص المدعي الا بالبينة وعدم خلاص المنكر الا باليمين .

فاعلم أن موارد خرجت عن تحت القواعد الثلاث فقدتسمع مجردة عن البينة ، اما مع اليمين أو بدونها أيضاً ، وقد يتخلص المنكر بلايمين أيضاً .

وهذه الموارد كثيرة قـد ثبت الحكم في كل واحد واحد منها بالدليل من اجماع ونحوه ، واحصاؤها خارج عن حيز استطاعة القلم في باب واحد ، ولا ضابط أيضاً لتلك الموارد غير أن ماسقط فيه مطالبة البينـة عن المدعي بعضها مستند الى وجود المانع عن تكليف المدعي بالبينة كتضييع الحقوق وبعضها مستند الى وهـن في الاصل الذي في جانب المنكر وقوة في جانب المدعي وبعضها مستند الى الامرين :

(فمن الاول) يمكن أن يكون مدعي البلوغ بالانبات. فان اقامة البينة عليه غالباً متعذر أو متعسر، فيلزم من ايقاف سماع دعواه عليها ضياع الحقوق غالباً .

ودعوى الودعي التلف ، لان تكليف الامناء بالبينة في دعوى التلف ينجر

الى فتور رغبة الناس عن قبول الودائع . فهو المانع من العمل بمقتضى الاصل الذي عليه بناء العقلاء من مطالبة الحجة من المدعي .

(ومن الثاني) دعوى الدخول مع الخلوة والتيام الاخلاق وانتفاء الموانع ، فان أصالة عدم الدخول التي صارت سبباً لصدق المدعي على مدعيه موهونة بمعارضة الظاهر المستند الى العادة . فأشبه المنكر في قوة وسقط عنه كلفة البينة .

ومن الاخير تقديم قول مدعي الدم في اللوث بيمينه ، لان القوة في جانب المدعي ، لمكان الامارة على صدقه مع كونه على وفق المصلحة ، حيث أن مطالبة البينة في دعوى الدم من المدعي مظنة ضياع الدم .

بل صرح بهذه المصلحة في حديث « ان الله حكم في دمائكم بخلاف ماحكم في أموالكم »[1] . لان الامام عليه السلام قد علل فيه عدم الاكتفاء باليمين من المنكر بأنه يوجب ضياع الدماء . لكن المصالح الموجودة في تلك الموارد ليست علة مطردة حتى ينفعنا في الفروع المشتبهة . بل انما هو على وجه الحكمة التي لا تتعدى عن موردها . فلابد في سقوطه اقامة البينة من المدعي من قيام دليل مخصوص لعموم نحو « البينة على المدعي » . فان ثبت عمل به من حيث سقوط البينة .

وأما العدول عنها الى اليمين فلابد أيضاً من قيام دليل آخر ، اذ المدعي بعد ماعرفنا سقوط وظيفته الشرعية ــ أعني البينة ــ فلا دليل على قيام اليمين التي هي وظيفة المنكر مقامه ، بل لابد من تصديقه بلا يمين ، وهو مخالف للاصل من جهتين : احداهما من جهة طرح ذلك الاصل الذي يدعي خلافه . والثاني من حيث كونه خروجا عن قاعدة انحصار القضاء بالبينة أو الايمان .

(١) الوسائل ج١٨ ب٣ من ابواب كيفية الحكم ح٣ .

الاستدلال بقيام اليمين مقام البينة

هذا، ويمكن الاستدلال بعد قيام الدليل على سقوط البينة عن المدعي على قيام اليمين مقامه ، وذلك لان مقتضى عموم نحو قوله عليه السلام « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » أن لا يكون قضاء الا بأحدهما . ومقتضى قوله عليه السلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » أن تكون البينة وظيفة للمدعي مطلقا، فاذا ثبت في مورد سقوط البينة عن المدعي فمقتضى عموم قوله عليه السلام « انما » استعمال الميزان الاخر. وهي اليمين ، لان اطلاق المطلق لايهمل عند انتفاء المقيد .

مثلا اذا ثبت « اعتق رقبة » ثم ورد « اعتق رقبة مؤمنة » . فان ثبت التكليف بالمؤمنة على حالة لم يكتف منه بعتق الكافرة . أما اذا انتفى التكليف بالمؤمنة - كما اذا لم يتمكن المكلف بعتق المؤمنة على عتقها - أو ورد تخصيص على دليل وجوب عتق المؤمنة . مثل أن يكون المأمور بعتقها نوع من الرجال كالتجار، ثم ورد تخصيص آخر دل على عدم وجوب عتقها على بعض المأمورين كان المتبع حينئذ اطلاق الامر بالعتق ووجب عتق الكافرة حينئذ على ذلك البعض.

وما نحن فيه كذلك . لان مقتضى مادل على لابدية أحد الميزانين في كل قضاء الاكتفاء بأحدهما في كل قضاء . لكن الحديث المفصل - أعني قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » قضى بأن القضاء اذا كان للمدعي فلابد أن يكون ميزانه البينة . ومقتضى عموم مطالبة البينة من كل مدعى يقضى له . فاذا ثبت في بعض المدعى أنه يقضى له بلا بينة لعسر أوحرج أوشيء آخر، رجعنا حينئذ الى اطلاق الادلة الاولى القاضية بلابدية أحد الميزانين في القضاء ، فيتعين تصديق قوله حينئذ بيمينه .

وهذا هو السرفي أن الفقهاء اذا اقتضى قواعدهم مطالبة البينة من المدعى مثلا فيقولون ان القول قوله بيمينه لامطلقاً .

ويرشد اليه أيضاً تعليل الامام في حديث الدماء كما أشرنا اليه ، حيث علل عدم الاكتفاء باليمين من المنكرهنا بأنه يوجب ضياع الدم مع أن عدم الاكتفاء منه باليمين لايستلزم كون وظيفته البينة ، فيظهر أنه حيثما ينتفي أحد الميزانين يقوم الميزان الاخر مقامه .

لكن هذا أيضاً غير مطرد ، فربما تسقط البينة من المدعي بلايمين ، وكذا تسقط اليمين عن المنكر بلا بينة ، فمن الاول دعوى صاحب المال دفع الزكاة الى المستحق فانها مقبولة بلايمين ، ومن الثاني ابدال النصاب في أثناء الحول، فانه منكر مع عدم مطالبة البينة منه ، وجعله صاحب المسالك من موارد تقديم قول المدعي .

وفيه نظر ، لان مدعي الابدال يدعي براءة ذمتــه عن الزكاة أو سلامة عين ماله من تعلقهــا به ، فهو موافق للاصل ، بخلاف العامل أو الجابى أو الفقير المطالبين للزكاة ، فانهم يدعون خلاف الاصل المزبور .

ودعوى أن الشك في تعلق الزكاة مسبب عن الشك في الابدال . والاصل عدمه لانه حادث ، فيكون مدعيه مخالفاً للاصل . مدفوعة بأن أصالة عدم الابدال لاتثبت كون المال الموجود محلا لتعلق الزكاة الابناءاً على اعتبار الاصل المثبت كمالايخفى . فيكون قول مدعي الزكاة غير مطابق للاصل نافع بخلاف المالك .

لكن الاعتــذار عن هذه المواضع ونحوهــا مما ذكره صاحب المسالك وغيره بأنها ليست من مجاري القضاء بين الناس حقيقة وان كان متعلق الدعوى فيها من حقوق الناس لانها أشبه بحقوق الله أو الموضوعات التي لايجري فيها القضاء كالطهارة والنجاسة والهلال وان تضمنت أحياناً بعض حقوق الناس .

ويمكن استظهار ذلك في خصوص الزكاة من وصايا أمير المؤمنين عليه السلام كما في الزكاة في حديث طويل منقول في محكي الوسائل المشتمل على كمال الرفق ولين العريكة مع صاحب الزكاة ، فان فيها بعض الاداب الذي يظهر منه أن الزكاة لا تحل الا بدفع صاحب المال وانها ليست من موارد القضاء ومجاري الخصومة . ولعل المراجع الى الحديث الشريف يستفيد بعض ما خفي علينا من المطالب[١] .

فان قلت : قضية قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » حصر حجة المدعي في البينة وعدم كون اليمين حجة له لانه قضية الحصر ، فاذا ثبت في مقام سقوط البينة عن المدعي لزم تصديق قوله بلا بينة لا الحكم بقيام اليمين مقام البينة بالادلة الدالة على لابدية أحد الميزانين في القضاء ، اذ بعد معلومية عدم كون اليمين حجة للمدعي وان حجته منحصرة في البينة لا يبقى لتلك الادلة دلالة على قيام اليمين مقام البينة .

وقياسه بمثال « اعتق رقبة » و « اعتق رقبة مؤمنة » قياس مع الفارق ، لان مفاد « اعتق رقبة مؤمنة » ليس سوى وجوب المؤمنة ، واما مع عدم كفاية عتق الكافرة فيستفاد من عدم الدليل لا دلالة الدليل على عدمه . وقوله « البينة على المدعي » يدل زيادة على الزام المدعي بالبينة على عدم كون اليمين حجة له بمقتضى الحصر المستفاد من تعريف المسند والمسند اليه .

قلت: قوله «البينة على المدعي» يدل على أمرين: أحدهما كون البينة حجة للمدعي والثاني كونها متعينة عليه ــ بمعنى عدم كفاية اليمين له . والحصر المستفاد من القضية يرجع الى الثاني ، وما ذكرت مبني على رجوعه الى الاول ، اذ

(١) الوسائل ج٦ ب١٤ من ابواب زكاة الانعام ح١ .

انحصار الكفاية في البينة انما يقتضي عدم كفاية اليمين لا عدم كونها حجة له شرعـاً .

وانما قلنـا برجوع الحصر الى الثاني لانا استفدنا من مقابلة الفقرتيـن أن الفقرة الاولى مسوقة لبيان التكليف الاثقل كما أن الفقرة الثانية لبيان رفع الاثقل وكفاية الاسهل ـ أعني اليمين ـ ومقتضى ذلك أن يرجع الحصر الى الثاني ، لان مفاد قوله « البينة على المدعي » بعد الاستفادة المزبورة أن البينة متعينة على المدعي ، فالحصر يرجع الى المتعين الذي هو بمنزلة محمول القضية حقيقة .

ومن هنا يسقط توهم بعض المنافاة بين ماذكرنا هنا وماقدمنا في الالتقاطات السابقة ، حيث قلنـا : ان قضية تعريف المسند والمسند اليه ان كل بينـة على المدعي وكل مدعى عليه عليه اليمين ، فيتوهم أن قضية الكلية الثانية عدم حجية اليمين للمدعي أصلا . ولذا قلنا انموارد تصديق المدعي بيمينه قد خرج بالدليل .

وجه السقوط : ان قضية الكلية الثانية هي نفي الاكتفاء باليمين من المدعي ، وهذا يكفي في كون موارد تصديق قوله بيمينه خارجـاً بالدليل ، وليس قضية الكلية عدم كون اليمين حجة للمدعي .

والحاصل ان العمل بما دل على لابدية الميزان من اليمين أو البينة في القضاء متعين اذا ثبت سقوط البينة من المدعى ، فيقدم قوله بيمينه . نعم لو كان دليل السقوط على وجه يستفاد منه عدم الحاجة الى شيء آخر فحينئذ لابد من النظر في أن المراد هو القضاء بلا ميزان أو مجرد التصديق . فان التصديق لابد من أن يكون على وجه القضاء ، وان أمكن أن يكون كذلك مثل القضاء بالنكول على القول به ، بناءا على كونه من مقامات تصديق قول المدعي ، فانه لا بينة هنا ولا يمين ، فقد يكون مفاد الدليل سقوط البينة من المدعي ، وحينئذ فلابد في القضاء من اليمين أيضاً عملا بالادلة العامة كما عرفت .

وقد يكون مفاد الدليل سقوط الامرين . فحينئذ لابد من النظر و التأمل ، فان دل على شرعية القضاء حينئذ عمل به والا فيصدق قول المدعي بلا بينة ولا يمين من غير قضاء . كمدعي الابدال والدفع في مسألة الزكاة .

ويحتمل أن يكون من هذا الباب تصديق الامناء حيث لايمين الا من باب القضاء . لان مادل على لابدية الميزان في القضاء لايصار عنها بمجرد دلالة الدليل على التصديق بلا ميزان . لان التصديق أعم من القضاء .

هذا كله في المدعي . وأما المنكر فالظاهر أنه ان دل دليل على سقوط اليمين في حقه قضي له . لان المنكر يكفيه اليمين في القضاء له مطلقـاً . فاذا سقطت سقط البينة بطريق أولى . الا اذا كان المقام لايجري فيه الاولوية . كمنكر الدم فان سقوط البينة فيه لايستلزمه سقوط اليمين نظرا الى زيادة الاهتمام بالدماء .

نعم لولم يعلم من الدليل الدال على سقوط اليمين سقوطه في مقام القضاء بل احتمل أن يكون المراد مجرد التصديق صدق قوله وخلي سبيله باليمين من غيرقضاء . مثل مدعي الابدال بناءا على كونه منكرا كما هوالاظهر لعموم الادلة ، فالاولوية انما تجري بعد معلومية أن المراد بالتصديق بغير يمين هو القضاء لا مجرد تخلية السبيل . والله العالم .

التقـاط

(في الصلح عن الدعوى باليمين حيث لاسبيل اليها شرعا)

اعلم أن الدعوى قد ينحصر فصلها في البينة . بمعنى عدم سماعها الا بها ، كالدعوى مع التهمة على القول بسماعها والدعوى على الميت مع عدم دعوى العلم على الورثة . فان المدعي في هذه وأمثالهـا ان لم يكن له البينة فليس له الدعوى والاحلاف . فهل له الصلح عن الدعوى بالحلف أم لا .

وليس في الكتب المعروفة عنوان لهذه المسألة ، ويندرج تحتها صلح المتنازعين عند عدم وجود الحاكم . وبالجملة كل مقام ليس للمدعي سلطنة على احلاف غير المدعى عليه . اما لكون الدعوى مما لاتسمع الابالبينة أو لفقد شرط من شروط القضاء كالاجتهاد .

وانماخصصنا الكلام بمااذا كان للمدعي سلطنة على الاحلاف مع عدم الفرق بينه وبين ماكان شرائط الاحلاف فيه موجودة ـ بأن يصالح المدعي عن دعواه الصحيحة بحلف المدعى عليه من غير مرافعة الى الحكام ـ لان فائدة المسألة انما تظهر فيه ، اذ مع سلطنته على الاحلاف .

وكيف كان فالصلح تارة يقع على المدعى به وأخرى على الدعوى، وثمرة الصلح على الدعوى اسقاط كل ماكان للمدعي من الاثار الوضعية والتكليفية ، مثل اسقاط يمين المنكر لجميع آثار الدعوى لاالمدعى به .

وأما الصلح عن المدعى به ـ بأن يقول المدعي « صالحتك عما أدعي من العين أو الدين بأن تحلف بالله على براءة ذمتك » مثلا ـ فهو على قسمين : أحدهما أن يكون المصالح به أعني الحلف هو الحلف على براءة الذمة بعد الصلح. والثاني الحلف على براءتها قبل الصلح .

لا اشكال في فساد الصلح على الوجه الاول . لان الصلح لو كان صحيحاً برئت ذمة المدعى عليه بعد الصلح جدا، فيكون الحلف على البراءة بعده لغوا لايترتب عليه غرض العقلاء ، اذ فائدته للمدعي التشفي ، وهو انما يتصور مع تجويز كذب الحالف ، وأما مع العلم بالصدق فلا فائدة فيه أصلا ، فيلزم من صحة الصلح فساده .

وأما على الوجه الثاني فالحلف حينئذ ليس هو الحلف الذي شرع ميزاناً لطي الدعاوي ، لان الحلف هذا مورده مالو أقر المدعى عليه لالزم ، وهذا ليس

كذلك ، لان المدعى عليه على تقدير صحة الصلح لو أقر باشتغـال ذمته قبل الصلح لم ينفع للمدعي كما هو واضح، وليس أيضاً مسقطاً للمدعى به لسقوطه بنفس الصلح . فالكلام في صحة هذا الصلح مثل الكلام في صحة مالو صالح على اليمين في غير مقام الدعوى ، مثل أن يقـول « صالحتك عن كذا على أن تحلف بالله على كذا » ، وحينئذ فلابد من احراز شرائط العوض ، مثل كونه مباحاً وكونه متعلقاً به غرض عقلائي ، اذ مع انتفائهما أو انتفاء أحدهما لاوجه لصحة الصلح . وحينئذ نقول :

ان أحوال المدعي ثلاثـة : فاما أن يعلم بأن المدعى عليه يحلف صادقـاً باعتقاده أوكاذباً أولايعلم شيئاً منهما . والحلف في الصورة الاولى لغو كما مر، لعدم حصول التشفي بحلف الصادق باعتقاده . وفي الثانية حرام للمدعى عليه بذله ، وشرط عوض الصلح أن يكون مقدور التسليم شرعاً وعقلا. بل لايجوز للمدعي أيضاً استيفاؤه ، لانه اعانة على الاثم ، والاذن في المعصية معصية عقلا وشرعا . وفي الصورة الثالثة مردد بين اللغو وممتنع التسليم . وعلى أي حال فلا يصلح أن يكون عوضاً في الصلح . لان شرط العوض أن يكون من الامور التي يترتب عليها غرض العقلاء وان يكون لكل من المتصالحين أمراً جائزاً والا فلايمكن تسليمه ولا تسلمه .

فان قلت : اذا كان الاذن في الحلف الكاذب معصيـة فكيف يتـوقف حلف المنكر على رخصة المدعي اذا كان عالماً بكذبه في اعتقاده .

قلنا : فرق بين المقامين . لان مرجع شرطية اذن المدعي في حلف المنكر الى عدم رفع اليد عن المخاصمة ، ولا يحتاج الى أزيد من ذلك . ولا يجب على المدعي رفع اليد عن المخاصمة محافظة للمنكر عن الحلف الفاجر . بخلاف الصلح على اليمين الفاجرة ، فانه اعانة على الاثم واقدام على القبيح .

توضيح الفرق بين المقامين : ان التسبيب الى القبيح قبيح ، وأما رفع اليد عن عمل يحصل بذلك الرفع ترك القبيح ليس بواجب ، فلو كان الشخص مشتغلا بشغل مباح بالذات وكان تركه سبباً لعدم صدور المعصية عن شخص فلا يجب الترك حينئذ . وأما التسبيب الى المعصية والاعانة عليها فهو غير جائز . فالمدعي لما كان رفع يده عن المخاصمة سببا لعدم صدور الحلف الكاذب عن المنكر فهو ليس بواجب عليه . وأما الصلح على اليمين الفاجرة ومطالبتها بعد الصلح فلما كان تسبيبا الى المعصية فهو غير جائز .

وانما قلنا ان مرجع اذن المدعي في حلف المنكر الى رفع اليد عن المخاصمة لا الى الرضا باليمين الفاجرة ، لان يمين المنكر انما شرعت لخلاص المنكر من يد المدعي . وليس حجة متوجهة من قبل المدعي الى المنكر فيما لم يرفع المدعي يده عن المنكر . فلا سبيل له الى التخلص الا باليمين . وهو أمر بيد المنكر لا بيد المدعي . اذ لا معنى لكون خلاص المنكر بيد المدعي بل للمدعي ابقاء يده على المخاصمة وللمنكر خلاص نفسه من يده . فاذا لم يكن بينة فلابد من السؤال عن المدعي واستكشاف حاله من حيث ترك المخاصمة حتى يتخلص المنكر بدون اليمين أو عدم تركها حتى يتخلص المنكر بيمينه . ومن أجل ذلك كان اذن المدعي في الحلف في معنى عدم رفع يده عن المخاصمة .

ومن هنا قد يقال : بأن المدعي يجب عليه أيضا اظهار عدم الرضا باليمين اذا علم بكذب الحالف في اعتقاده مع الاذن وبدونه . اذ لا منافاة بين الاذن بالمعنى المذكور وبين عدم الرضا واظهار الكراهة . وانما المنافاة بين عدم الرضا والاذن بمعنى الطلب لا بمعنى عدم رفع اليد عن المخاصمة .

ودعوى قبح كل عمل يتوقف على تركه صدور القبيح عن شخص مثل التسبيب لكون كل منهما مصداقاً للاعانة واضحة المنع ، لان ترك العمل المذكور

داخـل في عنوان ايجاد المانع عن وقوع المعصية ، والاعانـة ترجع الى ايجاد مقدمـات المعصية . ولادليل على وجوب الاول بعد فرض استناد جميع مقدمات المعصية وأسبابها الى فعل مريدها . بخلاف الثاني فانه واجب تركاً للاعانة التي مرجعها الى ايجاد بعض المقدمات .

هذا هو تمام الكلام في الصلح عن المدعى به ، وأما الصلح عن الدعوى فيعلم الكلام فيه بما ذكرنا ، لان عدم اشتمال الحلف على شرائط العوضيـة لايتفاوت فيه بين المقامين . والله العالم .

وقد وافقنا في هذه المسألة مانقل عن المحقق القمي في بعض جـواب سؤالـه .

التقـاط
(في تورية الحالف)

تعرضها في القواعد . ومحصل الكلام فيه : ان الحالف ان كان مبطلاظالماً فالبحث في توريته في الحلف : تارة من حيث الحكم التكليفي . وأخرى من حيث الحكم الوضعي .

أما الحكم التكليفي فالظاهر أنه لااشكال في حرمته أيضاً. وان قلنا بأن التورية لاتندرج في اسم الكذب .

وأما في حكمه الذي هو القبح العقلي والشرعي : فلو حلف المنكر على براءة ذمته كاذباً فلاينفعه في التفصي عن الاثم والعقاب أن يوري في حلفه بالقلب أو باللسان على وجه لايسمعه القاضي أو المدعي .

والدليل على ذلك هو العقل المستقل. لانه وان كان حلفاً صادقاً الا أن مناط قبح الحلف الكاذب الذي دل عليه العقل والنقـل ـ مضافاً الى قبح الكذب ـ

موجود في ذلك الحلف الصادق الذي جعله عرضة لابطال حق الناس ،لان قبح الحلف الكاذب انما هو لاجل كونه هتكاً لاحترام اسم الله تعالى . ولاريب أن كونه هتكاً ليس متوقفاً على كونه كذباً . لان الهتك انما يحصل باستحقاره بالله تعالى من حيث أن قضية التعظيم عدم جعل الحلف به وسيلة الى المقاصد الحقة فضلا عن التوصل الى المقاصد الباطلة .

والحاصل ان استعظام المولى له مراتب : منها ماهو متصف بالحسن الغير الملزم ، كترك الحلف به للتوصل الى المقاصد المباحة. فانه راجح عقلا وشرعاً لما فيه من التعظيم الواضح . ومنها ماهو متصف بالحسن الملزم ، كعدم الحلف به للتوصل الى المقاصد المحرمة . سواء كان بطريق الكذب أو بطريق الصدق الذي هو التورية .

ولعل حرمة التورية في الحلف الكاذب ومساواته مع الكذب هو المشهور بين العلماء كما ادعاه الشيخ دام ظله .

ومن هنا يظهر أنه من الكبائر . لان قبحه مثل قبح الحلف الكاذب الذي لااشكال في كونه كبيرة .

وأما الحكم الوضعي فالظاهر أيضاً عدم ترتبه، فلايحصل به فصل الدعوى ويظهر الثمرة فيما اذا حصل العلم للقاضي أوغيره بالتورية ، والا فظاهر الحلف عدم التورية .

[تورية المظلوم في الحلف جائزة]

هذا اذا كان الحالف ظالماً . وأما اذا كان مظلوماً فيجوز له التورية بل قد يجب كالودعي الذي ادعى عليه جوراً. فان التورية في الحلف الذي يتوجه اليه في الدعوى الجورية واجبة له .

نعم الظاهر جواز الكذب له أيضاً ، فيحلف كاذباً تخلصاً عن جور المدعي وايصالا للوديعة الى صاحبها، للاخبار الدالة على جواز الحلف الكاذب للتخلص من الظالم . حتى ورد أنه أحلى من العسل .

لكن قد يقال : ان مصب تلك الاخبار ماإذا حصل الاضطرار والالجاء الى الكذب ، ومع امكان التورية لايتصور الالجاء، لان النية أمرقلبي لايعقل الاكراه عليه ، فيشكل الامر بين الاخذ بظاهر الاخبار فلا يجب التورية وبين طرحها لمراعاة الاضطرار التي دل عليها العقل والنقل فلا يجوز الكذب مطلقاً .

ويمكن التفصي بحمل الاخبار على ماهو الغالب المتعارف بين الناس من عدم التفات الملجأ والمضطر حين الاضطرار الى التورية ، فان المضطر على طلاق امرأته أو بيع ماله غالباً لايوري في طلاقه وبيعه . بل اذا طلق كان مع قصد المعنى .

وبذلك يجمع أيضاً بين مادلت عليه الاخبار وقام عليه الاجماع من عدم صحة طلاق المكره مثلا مع عدم قبول حقيقة الطلاق الذي هو الانشاء القلبى المقرون بالكاشف للاكراه . لامكان ارادة معنى آخر من لفظة « طالق » غير انشاء الطلاق كذاهب مثلا .

وجه الجمع : ان الاكراه على حقيقة الطلاق كثيراً ماأمريقع في الخارج مثل صورة غفلة المكره عن التورية فحينئذ يقع غير مؤثر .

وبذلك يندفع ماأورده المحقق الثاني في محكي وديعة جامع المقاصد على العلامة حيث قال بجواز حلف الودعي كاذباً تخلصاً من الظالم بأن الكذب مع امكان التورية لاضرورة اليه .

تـذنيب

[هل تثبت الشفعة عند الزام القاضي بالحلف عليها]

قال في القواعد بعد مسألة التورية في الحلف : ولو كان القاضي يعتقد ثبوت الشفعة مع الكثرة لم يكن لمعتقد نفيها الحلف على نفي اللزوم بتأويل اعتقاد نفسه ، بل اذا ألزمه القاضي صار لازماً ظاهراً وعليه أن يحلف . وهل يلزمه باطناً ؟ اشكال أقربه اللزوم ان كان مقلداً لامجتهداً .

توضيح المسألة :ان الخصومة اذا كان منشأها الاختلاف في الحكم الشرعي كثبوت الشفعة مع الكثرة فان حررت الدعوى على وجه عرف القاضي بأن الاختلاف لاجل الاشتباه في الحكم الشرعي فالفاصل حينئذ هو رأي القاضي ولا سبيل الى الحلف حينئذ . وليس كلامه ناظراً الى مثل ذلك قطعاً . وان حررت الدعوى على وجه يرجع الى النزاع الموضوعي ـ كما لو قال مدعي الثبوت لخصمه « يجب عليك رد المبيع لثبوت حق الشفعة » وقال صاحبه « الرد ليس بلازم علي » توجه الحلف الى منكر اللزوم على نفي اللزوم الواقعي . وهذا معنى قوله « يلزمه ظاهراً » .

ثم في لزومه باطناً أيضاً ـ بمعنى عدم جواز التورية في الحلف بتأويل اعتقاد نفسه باطناً ـ اشكال كما ذكره . أقربه اللزوم اذا كان مقلداً لا مجتهداً .

وليس المراد باللزوم الباطني هو اللزوم بعد اليمين المردودة كما توهمه بعض.

ووجه الاشكال في اللزوم الباطني : هو التأمل في منع أدلة القضاء عن التورية في الحلف على نفي اللزوم الواقعي . اما لان أدلة القضاء انما تدل على نفوذ الزامات القاضي وحكمه بوجوب الحلف على نفي اللزوم الواقعي ليس فيه جهة الزام بل انما هو محض بيان الحكم الشرعي وبيان وظيفة المنكر في

تخلصه عن الخصومة ، أو لان معنى الزام القاضي على تقدير شموله لمثل المقام ، لايمنع التورية ، لان التورية تمحل شرعي للفرار عن الالزام لامخالفة للالزام الصادر .

وبعبارة أخرى : مقتضى أدلة القضاء أن القاضي اذا ألزم بشيء لزم ، وهذا انما يتم فيما اذا لم يكن الملزم به قابلا للتورية ، والا فبالتورية يخرج عن كونه ملزماً به . وكلا الوجهين منفيان :

(أما الاول) فلأن الحاكم وظيفته في جميع المرافعات بيان وظيفة المتخاصمين والالزام بمقتضاها حتى المرافعات الموضوعية . ومعنى نفوذ الزام الحاكم أنه اذا الزم بمقتضى بعض الوظائف لزم العمل به . فاذا ألزم المحكوم عليه هنا بالحلف على عدم اللزوم الواقعي لم يجز له مخالفته بالتورية .

(وأما الثاني) فلأن التورية أيضاً فيما الزم الحاكم به مخالفة لالزام الحاكم . لان الحاكم يلزمه على نفي اللزوم الواقعي ، فمتى لم يحلف عليه ولو بالتورية فقد خالف الالزام كما لايخفى .

ودعوى أن التورية هنا كالتورية فيما اذا كان الحالف مظلوماً . مدفوعة بأن الحالف هنا ليس بظالم في اعتقاده . نعم اذا كان مذهب القاضي مخالفاً لمذهب المتخاصمين أمكن صدق الظلم حينئذ ، ويتفرع عليه جواز التورية .

ومما ذكرنا ظهر وجه القول بعدم جواز التورية مطلقاً في المقلد والمجتهد كما عن ظاهر الدروس . كما ظهر أيضاً وجه القول بجواز التورية مطلقاً كما عن المبسوط .

وأما وجه التفصيل بين المقلد والمجتهد الذي استقر به في القواعد ومال اليه في محكي الايضاح فهو : ان المجتهد اذا رأى فساد دليل القاضي على ثبوت الشفعة مثلا وأن ما أدى اليه ظنه من نفي الشفعة هو الحق ، فاطلاق ما دل على

النفي ومـادل على اعتباره يقتضي جواز العمل به مطلقاً حكم القاضي بخلافـه أم لا . بخلاف المقلد فانـه لادليل له على فساد حكم القاضي . بل نسبة حكم القاضي وحكم مجتهده الذي قلده في نفي الشفعـة اليه على حد سواء . فحاله كحال سائر مقلدي القاضي في نفوذ حكمه عليه .

والتحقيق في المسألة هو النظر في أدلة القضاء وأنها تدل على حرمة الرد خاصة أوعلى وجوب ترتيب آثار الحكم واقعاً زيادة على الرد ، فان كان الاول جاز التورية للمجتهد والمقلد على حد سواء . وان كان الثاني لم يجز كذلك : أمـا في المقلد فالامر واضح . وأما في المجتهد فلان هذه الادلة حاكمة على دليل اعتبار الامارة القائمـة على نفي الشفعة مثلا . فتكون حجية تلك الامارة القائمة في غير صورة المعارضة لحكم القاضي . ولا يبعد رجحان الثاني على الاول . فيتجه اطلاق ماعن الشهيد في الدروس . والله العالم .

التقـاط

| هل تنتقل التركة الى الوارث |
| لوكان على الميت دين محيط بها |

لو مات شخص وعليه دين محيط بالتركة ففي انتقالها الى الوارث انتقالا متزلزلا مراعى بأداء الدين أو عـدم الانتقال وبقاؤهـا على حكم مال الميت . قولان مشهوران بين الاصحاب . فذهب أكثر القدماء الى الثاني وأكثر المتأخرين الى الاول .

والمراد بكونها في حكم مال الميت كونها في حكم مال الحي. اذ الميت ليس له مال حقيقي حتى تكون التركة مع الدين في حكم ماله الحقيقي ، ففي

العبـارة نوع قصور أو مسامحة في افادة المراد ، ولعل المراد أن التركة مال حكمي للميت لأنها في حكم ماله الحقيقي .

والاصل في المسألة عدم الانتقال الى الورثة وعدم جريان حكم مال الميت عليها أيضاً . فكل منهما مخالف له .

وما يتوهم أن بقاءها في حكم مال الميت قضية الاستصحاب أواستصحاب عـدم الانتقال أو استصحاب بقاء العلقة والربط الموجودين بين الميت وبين التركة . فليس بشيء . لان العلقة كانت قائمة بالحي وهو الانسان ، ولا حياة حتى يتصور بقاء العلقة القائمة بها . فان الباقي أمران : الجسم العنصري الذي صارجماداً، والروح المجرد . وشيء منهما لايصلح أنيكون مالكاً :أما الجسم فلانه جماد والجمادات لايعقل تملكها . وأما الروح فلاأن صلاحيتـه لاضافة طرف الملكية أمر غير معلـوم أو معلوم العـدم ، لوضوح كون المالكية من خصائص الانسان المركب من الروح والجسم . فلا تثبت لمجرد الروح .

وأمااستصحاب بقاء الاحكام والاثار الموجودة في حال الحياة. ففيه أنه لميكن في حال الحياة أثرمتعلق بأعيان التركة حتى يستصحب ، بل مقتضى الاصل عدم تعلق حق الديان بأعيانها . ضرورة كونها في حال الحياة متعلقة بذمـة مالكها لابأعيانهـا .

فظهر أن القوليـن متساويان في الحاجة الى الدليل ، والدليل على القول الاول ـ وهو الانتقال ـ أمران عقلي ونقلي . أما النقلي فاطلاقات آيات الارث وأخبارها . فان نحو قوله تعالى « وللرجال نصيب مماترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب ممـا ترك الوالدان والاقربون »[1] مطلق غيرمقيد بما اذا لميكن هناك دين ، غاية الامر انه ثبت من الادلة أن الديان حقهم متعلق بالتركة كتعلق

(١) سورة النساء آية : ٨ .

حق المرتهن بالرهن مثلا، وهذا يوجب تزلزلا في ملكية الاقربين لانفي الملكية رأساً .

ويجاب عنها : بأن اطلاقها مقيد بالاية المبتدئة للارث فيما بعد الوصية والدين « ولكم نصف ماترك أزواجكم » الى قوله « من بعد وصية يوصى بها أودين »(١) ، ووجه التقييد واضح .

وأجيب : بحمل اللام في المقيد على افادة الاستقرار ، أي استقرار ملكية النصف انما هو بعد الامرين .

ورد : بأن اللام لافادة أصل الملكية لا لافادة استقرارها .

ويدفعه : أن استقرار الملك ليس أمرا خارجاً عن أصل الملكية ، بل هو عبارة عن الملكية التامة. وهذا هو عين معنى اللام، لانها انما تدل على الملكية التامة : امالانها تدل على مطلق الاختصاص الغير المقيد بحال دون حال، ويستفاد من عدم القيد الملك المستقر ، لان الملك الغير المستقر ليس فيه اختصاص مطلق ، بل المقيد بما اذا حصل موجب الاستقرار . أو لان اللام منصرف الى الاختصاص المطلق ، ولازمه هذا الفرد من الملكية ، أعني التام المستقر .

[اذا كان على الميت دين فليس للورثة شيء]

والثمرة بين الوجهين تظهرفيما ورد في الاخبار من أنه اذا كان على الميت دين فليس للورثة شيء ، فان قلنا ان التمام والاستقرار يستفادان من اطلاق الاختصاص الذي تدل عليه اللام فالحديث دليل على مذهب القدماء ، لان النفي حينئذ متوجه الى حقيقة الاختصاص وجنسه لا الى فرده الكامل أعني المستقر ، ضرورة عدم اعتباره في مدلول اللام واستفادته من مقام الاطلاق . وان قلنا بالثاني

(١) سورة النساء آية : ١٣ .

فليس فيه دلالة على مذهبهم ، لان مدلول اللام اذا كان بحكم الانصراف الناشىء من غلبة الاستعمال مثلا أو بحكم الوضع هو الملك المستقر ، فلا جرم اذا وقع في حيز النفي توجه النفي الى الاستقرار لا الملك المطلق .

وقد يقال : انه على الاول أيضاً كذلك ، لان اللام لم يقع في حيز النفي في القضية السلبية في الاخبار بل وقع محكوماً به في تلك القضية ، فقوله « ليس للوارث شيء » لم يتوجه فيه النهي الى مدلول اللام فقط حتى يفيد سلب مطلق الاختصاص المنافي للملكية رأسا ، بل الى مدلوله في حال عدم تقييده التي تفيد الاختصاص المطلق ، فيفيد سلب الاختصاص المطلق لا سلب مطلق الاختصاص .

وتوضيحه : ان اللفظ « اذا » في حال عدم تقييده ينصرف الى بعض أفراده لاجل عدم التقييد ، فلا يتفاوت فيه بين أن يثبت لشيء أو ينفى عنه ، ففي الصورتين يتوجه كيف القضية من الايجاب أو السلب الى ذلك الفرد المستفاد من عدم القيد ، فاذا قلنا هذا مختص بهذا دل على الاختصاص المطلق ، لان الاختصاص اذا لم يقيد بقيد ينصرف الى الفرد الكامل منه . أعني الاختصاص من كل وجه ، واذا وضعنا مكان الايجاب السلب وقلنا هذا ليس مختصاً بهذا دل أيضاً على سلب الاختصاص المطلق الذي هو الفرد الكامل من الاختصاص لا على سلب مطلق الاختصاص .

ولذا لا ينافي مدلول هذه القضية السلبية ثبوت بعض مراتب الاختصاص ، وانما يتوجه النهي الى حاق مدلول اللفظ اذا وقع محكوماً عليه ، مثل لا رجل ولا شيء ولا اختصاص ونحوها ، فيدل على نفي مدلول اللفظ مطلقاً في ضمن أي فرد كان ، وحينئذ أمكن منع دلالة ما ورد في الاخبار من أنه ليس للورثة شيء مع الدين على مذهب القدماء ، وهو سلب مطلق الملكية على الوجهين ، سواء قلنا بأن الملكية التامة يستفاد من عدم تقييد الاختصاص المستفاد من اللام أو من حاق اللام باعتبار رفعه أو انصرافه لغلبة الاستعمال الى الملكية التامة المستقرة .

هذا ، ويرد على الرد أن اللام ان كان لافادة الاستقرار فلابد من الحمل عليه في المطلقات أيضاً ، اذ حملها في المطلقات على افادة مطلق الملك ، وفي الاية المقيدة على الاستقرار لاوجه له سوى البناء على ترجيح التصرف في المقيد على التصرف في المطلق . وهو بديهي البطلان في محله . فاذا حملت في الموضعين على الاستقرار خرجت المطلقات عن الدلالة على الملكية أيضاً ، لدلالتها حينئذ على استقرارها المقيد بحكم الاية المقيدة بما بعد الدين .

والحاصل ان اللام ان كانت ظاهرة في أصل الملكية فمقتضى الاية المقيدة تقييد أصل الملكية المستفادة من المطلقات . وان كانت ظاهرة في استقرار الملك فمقتضاها تقييد استقرار الملك ، ففي صورة وجود الدين لايجري مدلول المطلقات أعني الاستقرار . وأما ثبوت أصل الملك فلابد له من التماس دليل آخر .

وعلى التقديرين فالمطلقات تخرج عن الدلالة على مذهب المتأخرين . وانما لاتخرج لو حملت اللام في المطلقات على الملك وفي المقيد على الاستقرار . وهو كما ترى خارج عن مقتضى القواعد . لان اللام ان كانت لافادة أصل الملكية فلابد من الحمل على ظاهرها في المقيد أيضاً . لان التصرف في المطلق بالتقييد أولى من التزام خلاف ظاهر في المقيد . فلا يحمل أمر « اعتق رقبة مؤمنة » على الاستحباب جمعا بينه وبين « اعتق رقبة » .

هذا اذا لم يؤخذ بمفهوم قيد بعد الوصية والدين . والا فالاية المقيدة دليل على مذهب القدماء على التقدير الاول ـ أعني حمل اللام في الموضعين على الملك المطلق ـ دون الثاني .

ومن هنا يظهر أن هذه الاية ليست دليلا على مذهب القدماء مطلقا ولا على تقدير اعتبار المفهوم وحمل اللام في الموضعين على الملك .

هذا ، ثم ان في تركيب الاية المقيدة نوع غموض ، لان الظرف ـ أعني

قوله تعالى « من بعد وصية أو دين » ـ يحتمل أن يكون متعلقاً بمتعلق خبر المبتداء المقدم . أعني قوله « لكم » . والمعنى نصف ماترك الا بعدهما ، ولا ريب أن المملوك بعد اخراجهما هو نصف الباقي لانصف ماترك . ويحتمل أن يكون حالاللموصول . فالمعنى ان ماترك حال كونه بعد الوصية والدين مملوك لكم . وهذا مثل قول القائل « العشرة بعد اخراج الثلاثة منها علي » .

ويمكن التوجيه على تقدير تعلقه بمتعلق « لكم » بأن ذلك اشارة الى أن الوصية والدين مانعان من ملك مجموع ماترك . بحيث لو فرض انتفاؤهما رأساً أو بعد الموت ولو بتبرع متبرع أو بابراء أو نحوهما كانت التركة للوارث .

ولاجل الايهام الى هذا المعنى سمي ماينتقل الى الزوج بعدالوصية والدين بنصف التركة ، يعني ان المقصود اعدامهما واعدامهما لايستلزم خروج شيء عن ملك الوارث مطلقاً حتى يكون المنتقل اليه نصف الباقي ولو استلزمه على بعض الوجوه كما اذا أخرجا من عين التركة .

[المراد بالوصية والدين]

ومن هنا يعلم أن المراد بالوصية والدين نفسهما لااخراجهما أو أداؤهما أو وفاؤهما أو غير ذلك من الامور التي يناقش في طردها وعكسها مع كون التقدير مخالفاً للاصل . فالمعنى أن نفس الوصية ـ أي العين الموصى بها ـ ونفس الدين مانعان عن الارث مع وجود المقتضي . فمع وجودهما لا ارث ومع عدمهما بأي نحو من أنحاء العدم يثبت الارث . ولذا لايتفاوت فيه بين اخراجهما من أعيان التركة أو من غيرها ولا بين ايفاء الوارث أو ايفاء الغير تبرعاً أو حصول البراءة قهراً ببعض أسبابها . فليس المراد أن تمام التركة مثلا

مملوك للوارث بعد اخراجهما منها فانه غير معقول ، بل المراد أن تمامها مملوك للوارث بشرط عدم الدين المحيط مثلا .

وهذا معنى لاغبار عليه ، وذلك مثل مايقال ان كفن الميت يخرج من التركة ، فليس المراد أن مقدار ما يساويه ليس من الأرث فلابد من اقراره ، بل المراد أن حق الميت وحاجتــه مقدم على حق الوارث وحاجته ، فلو غرق الميت أو حرق زال المانع من ارث مقدار الكفن .

هذه حال الايات المقيدة للاطلاق بما بعد الوصية والدين . وأما الاخبار النافية لكون التركة للوارث المثبتة اياها للغرماء فقد ظهر النظر في دلالتها أيضاً على مذهب القدماء ، وان كان لها ظهور بدوي في ذلك .

وحاصل ماذكرنا : ان نفي كون التركة للوارث لايدل في دقيق النظر على سلب جميع أنحاء الملكية بل على سلب الملكية التامة التي من لوازمها الاستقلال في التصرف . فالمراد أنه ليس للورثة التركة بمعنى التصرف فيها والاستقلال في أمرها مع بقاء الدين ، سواء كانت اللام موضوعة للاختصاص أو منصرفاً اليه بحاقه وجوهره أو كانت لمطلق الاختصاص واستفيد الكمال والتمام من عدم القيد كما مر .

وهذا ينطبق على مذهب المتأخرين ، لان ملكية التركة للورثة مع الدين عندهم ملكية ناقصة ، بمعنى فقدانها لكمالها الذي يستتبع الاستقلال في التصرف لا الملكية التامة المنفية بحكم الاخبار ولا الملكية المتزلزلة كالملكية في زمان الخيار ، لانها أنقص منها بمراتب . اذ الخيار لايمنع عن شيء من التصرفات بخلاف الدين فانه مانع عنهــا رأساً ، فما في بعض الكلمات من تعبير الملكية على مذهب المتأخرين بالملكية المتزلزلة مسامحة أو قصور في العبارة .

[جرح أدلة القدماء في المسألة]

ومما ذكرنا ظهر أدلة مختار القدماء من الايات والاخبار وجوابها وانه ليس فيها دلالة عليه الا على تقدير حمل اللام على الملكية المطلقة ثم اثبات المفهوم القيدي بعد الوصية والدين في الايات ، وكلاهما كما ترى .

وأما الدليل العقلي على مذهب المتأخرين فتقريره بعد بيان مقدمتين :

احداهما ـ عدم قابلية الميت للتملك . وهذا مضافاً الى كونه اجماعياً ظاهرا ـ لان القدماء يقولون انه في حكم مال الميت لأنه مال له حقيقة ـ مما يساعد البرهان والوجدان عليه ، لان الجدة أحد الاعراض التي لم يعلم قابلية ثبوتها للمجردات ، حتى أن ثبوت الملكية بالمعنى الذي يثبت للانسان لله تعالى أيضاً ممنوع أوممتنع .لان هذه الاضافة الخاصة ـ أعني العلقة الخاصة الحاصلة بين الانسان وبين أعيان الاموال ـ متقومة بطرفين أحدهما الانسان والثاني العين، وثبوت مثل هذه العلقة لغير الحيوان الناطق ضروري البطلان ، وثبوت غيرها مما يخطر في ذهن المكابر المتعسف لا يمنع ثبوتها لغيره حتى الجمادات والحيوانات . والحاصل ان علاقة الملكية هذه العلاقة المعهودة المعدودة من الاعراض التسعة لايتعقل ثبوتها لغير الانسان ـ أي الحيوان الناطق .

وثانيتهما ـ ان الملك بلامالك أوالمال بلا صاحب أيضاً من المستحيلات الاولية ، ضرورة امتناع قيام النسبة الا بالمنتسبين ، والمراد بالمالية مايساوق الملكية في الافتقار الى مالك وصاحب لامجرد مايصلح لبذل المال في مقابله ، فان المالية بهذا المعنى ثابتة للمباحات الاصلية أيضاً . والحاصل ان الملكية والمالية كما لايتعقل ثبوتها بدون المال والمملوك كذلك لايتعقل بدون المالك وصاحب المال .

اذا تحققتا فنقول : بالموت تخرج التركة عن ملك الميت بحكم المقدمة الاولى . فلابد له من مالك تقوم به الملكية بحكم المقدمة الثانية ، وليس هو الا الوارث ، للاجماع ظاهرا على عدم دخوله في ملك الغرماء . لان القدماء يزعمون بقاءها في حكم مال الميت .

فان قلت : لم لايجوز أن تخرج التركة عن الملكية والمالية بموت صاحبها فلا تكون ملكاً لاحد . بل قضية خروجها عن ملك الميت بحكم البرهان ، مضافاً الى أصالة عدم دخولها في ملك أحد ذلك .

قلت : هذا الاحتمال مدفوع بظواهر جميع مافي باب الميراث من الايات والاخبار وكلمات الاخيار ، لتطابقها على انتقال المال الى الوارث ، بل هو قضية لفظ الارث ومشتقاته . لان الارث بمعنى الانتقال . وحقيقته تستدعي بقاء صفة الملكية مع تبدل المالك .

وبهذا الاعتبار يعد البيع والصلح مثلا من النواقل . لانه سبب لتبدل مالك بمالك مع بقاء الملك على صفة الملكية في الحالتين . وعلى تقدير خروج التركة بالموت عن الملكية لامعنى لانتقالها من الميت الى الوارث . لان تملكهم لها بعد الدين يكون تملكا جديدا كتملك المباحات الاصلية . وهو بديهي البطلان . اذ لم يظن أحد أن التركة قبل أداء الدين مثل المباحات التي ليست ملكاً لاحد وان تملك الوارث لها باعتبار حق الاولوية . كتملك صاحب الخمر المستحيل الى الخل .

والحاصل ان أعيان مال الميت ليست مثل دية الجناية الواقعية على الميت في دخولها في ملك الوارث ابتداءاً ، أي من غير انتقالها من الميت اليهم ، بل مثل سائر ماينتقل من مالك الى آخر بسبب شرعي كالبيع . فالموت في الشريعة أحد أسباب الانتقال لانه سبب زوال الملكية ، واطلاق الارث على تملك الوارث

لمايحصل في شبكة المورث أو لماباعه المورث مع الخيار باعمال حق الخيار بالفسخ أونحو ذلك مما يدخل في ملك الوارث اعتباراً باعتبار ارثهم لحق من الحقوق المستتبعة للمال. مبني على نحو من التجوز أوالمسامحة باعتبارملاحظة انتقال أصل السبب وهو الحق ، فسمي تملكهم للنتيجة باسم تملكهم للمقدمة كما في الاول . أو باعتبار تنزيل الملك الحاصل بالفسخ الذي هو عبارة عن ازالة العقد من حينه منزلة الارث الحقيقي .

فالفسخ وان لم يكن كاشفا عن فساد العقد بل ناقلا بعد صحته لكنه ابطال لاثره . فيدخل في ملك صاحب الخيار من حين فسخ المبيع من زمان البيع . فكأنه من جملة أعيان ماتركه المورث حكماً وان لم يكن كذلك حقيقة .

وربما يقال بصدق الارث على الملك الحاصل بالفسخ حقيقة ، لان الوارث تلقاه من المورث حقيقة باعتبار تلقيهم سبب هذا الملك اعترض الخيار. وليس بشيء ، لان الوارث قد تلقى من المورث محض الحق ، وهو أمر وراء الملك الحاصل بسبب الفسخ . ولذا ليس لغرماء الميت الزام الورثة على الفسخ بل الوارث له الامتناع عن ذلك ، لعدم تلقيه من المورث شيئاً سوى الحق .

نعم لو قيل بصدق الارث الحقيقي على ملك مافي شبكة المورث، نظراً الى دخوله في ملك الوارث قهراً من غير مدخلية لفظ الوارث .لم يكن بذلك البعيد.

وأما صدق الوارث على من أسلم بعد موت المورث وقبل القسمة ، فهو ليس أيضاً على حقيقته . بل عدم الصدق هنا أوضح . ضرورة عدم انتقال شيء من التركة اليه حتى على قول المتأخرين . فانه حال موت المورث كان ممنوعاً من التملك بالارث . فكيف يقال انه ورث أباه مثلا حقيقة بعد ماعرفت من كون الارث عبارة عن الانتقال الذي هو عبارة عن تبدل مالك بمالك وعن تلقي الملك من الوارث .

ومن هنا لم يجز اثبات الارث له بأدلة الميراث ، بل لابد له من دليل آخر لولاه لكان محروماً بمقتضى الأدلة المخصصة لها بغير الكافر .

نعم يكفي أدلة الميراث في الامثلة المتقدمة . فلايحتاج في ارث الوارث لما في شبكة مورثه أو للخمر التي استحالت الى الخل بعد الموت أو للمبيع الذي باع المورث مع الخيار بعد الفسخ الى أدلة أخرى . بل يكفي أدلة الميراث . فظاهر أن موارد عدم صدق الارث الحقيقي على أطوار مختلفة : فمنها ما يستدل عليه بنفس أدلة الميراث وان لم يصدق عليه الارث الحقيقي ، لان صدق الارث حقيقة على انتقال الحق الذي هو سبب لحصول ملك جديد للوارث يكفي في اثبات ذلك الملك له . ومنها مايحتاج الى أدلة أخرى .

فان قلت : صدق الارث على ملك الورثة للتركة انما هو باعتبار مكان سبب الانتقال الذي هو الموت أو النسب حين الموت لاباعتبار انتقال الفعلي ، وهذا وان قلنا انه خلاف الظاهر من لفظ «الارث» لكنه غير بعيد بعد ملاحظة تقييد الارث بما بعد الوصية والدين . فنزل وجود سبب الانتقال حين الموت بمنزلة الانتقال الفعلي . فأطلق الوارث على الورثة .

قلنا : ليس في أدلة الميراث تقييد لفظ الارث بما بعد الدين ، بل الادلة المقيدة كلها مشتملة على كلمة اللام الدالة على الملكية . فيدور الامر بين صرف اليد عن ظاهر لفظ الارث في الكتاب والسنة بحمله على الانتقال الثاني المستند الى وجود السبب وابقاء اللام في المقيدات على ظاهرها وهو الملكية وبين الاخذ بظاهر لفظ الارث ومشتقاته الظاهرة في الانتقال الفعلي الحقيقي والتصرف في كلمة اللام بحملها على الاستقرار كما فعله الاصحاب .

وهذا التصرف وان كان خلاف مقتضى القاعدة ـ لانها تقتضي ابقاء المقيد على حاله وتقييد المطلق كما قلنا ـ لكنها قد يصار عنها الى التصرف في القيد

ويبقى المطلق على اطلاقه اذا كان ذلك التصرف أقـرب ، كما هو الشأن في جميع مـوارد تعارض الاحوال ، لان التخصيص مثلا وان كان أرجح مـن المجازمثلا نوعاً الا أن بعض المجازات لقربه يقدم عليه ، فليس كل تقييد أولى من كل تصرف في المقيدكما في المقام ، فان اطلاق الأدلة المشتملة على لفظ الارث يقتضي الانتقال الفعلي مطلقاً مع الدين وعدمه ، لكن ورد في مقابلها أدلة مشتملة على لفظة اللام مقيدة بمابعد الدين ، ومقتضى قاعدة التقييد حمل المطلق على غير المقيد ، فلا ملكية في مورده أصلا .

لكن هذا الحمل يستلزم التصرف في لفظ الارث ومشتقاتـه بحملها على الانتقال الشأني ، وهو تصرف مرجوح يمكن الاستراحـة عنه بحمل اللام في الادلة المقيدة على استقرار الملك ، ولو قلنـا بأنها موضوعة لاصل الملكية لا لاستقرارها. فضلا عما لو قلنـا بانصرافها من حيث الاطلاق أو من حيث غلبة الاستعمال أو من حيث الوضع الى الاستقرار كما هو الاظهر ، فنحملها على الاستقرار فراراً عن حمل الارث على الانتقال الشأني .

نعم لو كانت الادلة المقيدة أيضاً مشتملة على لفظ الارث مكان اللام أمكن جعله قرينة على ارادة الانتقال الشأني من لفظه في المطلقات على الانتقال بما بعد الدين أو في حمله على الانتقـال الشأني في المطلقات والفعلي في المقيدات . وعلى التقديرين لايكون مع الدين انتقال فعلي من غير تفاوت ، فلاوجه لترجيح أحدهمـا على الاخر ، وان أمكن ترجيح التقييد أيضاً ابقـاءً للفظ الارث في الموضعين على ظاهره الذي هو الانتقال الفعلي .

فان قلت : قد ورد في رواية سليمان بن خالد « ان الوارث يرث الدية بعد الدين [1] » ، فيقيد به اطلاق ماشتمل على لفظ الارث من أدلة الميراث .

---

(١) الوسائل ج١٧ ب١٠ من ابواب موانع الارث ح١ .

قلنا : لفظ الارث اذا نسب الى المال فمعناه الاخذ . أي يأخذ الدية . وما قلناه من تفسيره بالانتقال انما هو اذا نسب الى المورث ، فمعنى « ورث زيد أباه » أنه انتقل المال اليه . ومعنى « ورث زيد الدار » اذا أخذها ارثا - فافهم وتأمل .

هذا ماأدى اليه النظر في الادلة من العقل والنقل .

[استدلال المحقق القمي على مسألة الارث المقيد]

ثم ان المحقق القمي سلك في الاستدلال على مذهب القدماء مسلكاً آخر أشار اليه في القوانين في الاجتهاد والتقليد وفصل القول فيه في بعض جواب سؤاله . وهو أن الادلة المقيدة المشتملة على التقييد بما بعد الدين والوصية تدل على أن الارث انما يتحقق بعد أداء الدين . وقبل الاداء فالتركة غير منتقلة الى الورثة . وحاصله حمل كلمة « بعد » على بعد الزماني وعلى أن مطلق الدين يمنع من الارث ولو لم يكن بالنسبة الى الفاضل في غير المستوعب .

وذكر في طي وجود الرد على المتأخرين أن الايات المقيدة مجملة من حيث دورانها بين تقييد الملك أو الاستقرار . فيسقط عمومات الارث عن الاستدلال . لكنها من العام المخصص بالمجمل .

وفيه : ان حمل « بعد » على البعد الزماني مبني أولا على تقدير في المقام . وقد عرفت أن معنى الاية تام من غير الالتزام بالتقدير . لان قوله « من بعد وصية أودين » سواء كان قيداً للظرف المتقدم - أعني الحكم ومرجعه الى تعلقه بمتعلقه أو قيداً أي حالا لما ترك أو للسهام كما في كشف اللثام . فمعناه افادة مانعية الدين من غير حاجة الى تقدير أداء أو وفاء أو نحوهما .

وأما ماذكره من كون العمومات مخصصة بالمجمل . ففيه مالايخفى ، لان

اجمال المخصص انما يقدح في الاستدلال بالعام اذا كان على وجه يوجب التخصيص على جميع الاحتمالات ، وأما اذا كان الاجمال باعتبار دورانه بين احتمال يكون مخصصاً ـ كما اذا كان اللام في المسألة للملكية وبين احتمال لايكون مخصصاً كما لو حملت على الاستقرار ـ فالعام لايسقط عن الحجية ، بل ربما يجعل عموم العام رافعاً لاجمال ذلك المخصص كما تقرر في محله .

وربمايستدل على كل من القولين ببعض الفروع المجمع عليها. لان بعضها يناسب القول الاول وبعضها يناسب القول الثاني، لكن الكل ساقط عن صلاحية الاحتجاج ، لعدم استلزامها شرعا أوعقلا لشيء من القولين . نعم لو تم الحجة لكان في بعضها تأييدا ، مثلاقيام الاجماع على سلطنة الوارث على البيع ونحوه ولو بقبول الدين في الذمة أو بأدائه من ماله .

وبالجملةأحقيةالورثةبأعيان التركة آية كونه مالكاًولوكان محجوراًفي بعض جهات التصرف ، لان الملك لاينافي الحجر ، بخلاف السلطنة على عين فانه ينافي عدم الملكية رأساً. ومرجعه الى أن السلطنة ينكشف كشفاً انياً عن الملكية بمقتضى عموم سلطنة الناس على أموالهم ، والافأحقية الورثة بأعيانها أوسلطنته على بعض التصرفات بنفسها ليس مما يستلزم كونه مالكاً الا باعتبار ملاحظة ماأثبت الملازمة بين المال والسلطنة ، مثل قوله «الناس مسلطون على أموالهم » .

ومع ذلك ففي المناقشة فيه مجال واسع واضح يظهر للمتأمل ، لكنه لا يخلو عن تأييد للقول الثاني .

ومثله الاجماع على أن الحالف مع الشاهد في دعوى مال المورث هو الوارث ، وغير المالك لايحلف ، لان الحلف لايثبت مال الغير ، فان مرجعه الى مادل على عدم اثبات الحلف مالا الغير ، فانه يدل على الملكية في موارد

صحة الحلف بالان ، والا فلاشهادة في صحة الحلف على اثبات مال للمورث على كون الحالف مالكاً للتركة .

الى غيرهما من الفروع التي لاينافي عـدم الملكية في نفسها الا بملاحظة أدلتها التي أثبتت الملازمة بينها وبين الملكية .

[عدم جواز تصرفات الوارث في الارث المقيد]

ثم انه بناءاً على القول الاول ـ أعني عدم انتقال المال الى الورثة ـ لاينبغي الاشكال في عدم جواز تصرفاته تكليفاً ووضعاً ، فلا يصح بيعه لشيء من أعيان التركة أو اتلاف بعضها أو نحوهما من التصرفات الاتلافية . وأما على القول الثاني ـ أعني الانتقال ـ ففي جواز التصرف وعدمه اشكال معبر بأن تعلق الدين بالتركة هل هو كتعلق الدين بالمرهون أو كتعلق ارش الجناية برقبة العبد .

والتحقيق أن الوارث لايجوز له شيء من التصرفات المتلفة لجهة المالية ، والدليل عليه ماورد في الدية من أن الميت أحق بها من الوارث[1] . فان فحواها يشتمل لسائر التركة . اذ الدية لم تكن داخلة في ملك الميت أصلا بخلاف التركة .

وجه الدلالة واضح . فان الاحقية ظاهرها الملكية . ولذا يستدل بمثل قوله « من سبق الى مباح فهو أحق به »[2] على كون الحيازة من أسباب حصول الملك . ومع التنزيل عن الملكية فلاأقل من الحق المانع عن تصرفات الوارث وهجره عن الانتفاعات المالية قبل حصول براءة ذمة الميت .

وماورد أيضاً في عبد مأذون اختلف فيه وفيما في يده بين غرماء مالكه الميت والورثة . من أنه لا سبيل للورثة الى ذلك العبد وما في يده قبل الدين . وهو

(١) الوسائل ج١٧ ب١٤ من ابواب موانع الميراث .
(٢) الكافي ٤/ ٥٤٦ ، ح٣٣ .

أوضح دلالة من سابقه ، لان نفي السبيل آكد في تغليظ مراتب الحجر بعـد صرفه عن ظاهره الذي هو عدم الملكية ، جمعاً بينه وبين مادل على أصل الانتقال على رأي المتأخرين .

وماورد في الانفاق على عيال الميت من أنه اذا كان عليه دين محيط بجميع المال فلا ينفق عليهم والا ينفق من أوسط المال .

وغيرها ممايدل على حجر الوارث بعد التنزل عن دلالتها على عدم الانتقال .

وانماقيدنا التصرف المنهي بكونه مفوتاً لجهة المالية اذلامانع من التصرف الغير المتلف لهـا ، مثل معاوضة عين من أعيان التركة بعيـن آخر يساويه في القيمة والماليـة ، فان مثل هذا التصرف لايمنع منه ، لان حق الديان انما تعلق بمالية التركة لابأعيانها من حيث ذواتها .

وهذا مثل حق الورثـة بالنسبة الى الزائد عن الثلث على القـول بكون المنجزات منه لامن الاصل ، فان التنجيز المفوت للمالية ممنوع لامطلقاً ، فلو باع جميع التركة بثمن المثل مثلانفذ البيع من غير اجازة الورثة . وكذا الوصية بما يزيد عن الثلث ، فلو أوصى بجميع التركة في مقابل ما يساويها في القيمة نفذت الوصية ظاهراً .

وبالجملة حق الديان ليس متعلقاً بذوات أعيان التركة من حيث هي بل من حيث الماليـة ، فمتى كانت المالية محفوظة نفذ تصرف الوارث . مثل المثال المشار اليه . ولا ينفع ضمان الوارث للدين من عنده ، فان مصلحة الغرماء عدمه . فكل تصرف لم يكن فيه مصلحة الغرماء من حيث وصول الدين لم ينفذ من الورثة .

وربما قيل بجوازه مع قدرة الغرماء على الفسخ ، جمعاً بين الادلة المانعة وبين « الناس مسلطون على أموالهم » .

وفيه : ان ماقلنا أقرب الجموع في الادلة بعد صرف الادلة النافية عن ظاهرها الاولي - أعني نفي الملكية رأسا .

[الرهن يمنع من التصرفات مطلقاً]

ومما ذكرنا ظهر أن هذا التعلق ليس على حد تعلق الرهن مطلقا ، لان الرهانة تمنع التصرف مطلقاً حتى مالايرجع الى تلف المالية . وقد عرفت أن حق الغرماء ليس كذلك بل على وجه لايمنع من بعض التصرفات الذي ليس فيه تفويت لمالية التركة . ولو بمثل البيع لانه تفويت لمالية الجميع الى حصول ملك جديد - أعني الثمن - فلا تجوز .

ودخول الثمن في حكم التركة لامعنى له بعد فرض بيع الوارث لنفسه ، فالبيع بمنزلة الاتلاف في عدم الجواز .

نعم يجوز تبديل عين من الاعيان بعين مساوقة لها في المالية . لعدم فوات شيء من جهات المالية . سواء كانت المبادلة بطريق البيع أم لا .

فصار الحاصل : انه لا يجوز للورثة احداث تصرف يكون ضرراً على الغرماء . فلو باع قاصدا لاكل الثمن كان ممنوعاً لكونه خيانة في حق الغرماء ، ولو باع لا بهذا القصد بل قاصدا لكون الثمن من جملة مايتعلق به حق الغرماء كان جائزاً .

ومن هنا أمكن الفرق بين البيع بعين خارجي تقوم مقام المبيع في المالية وبيـن البيع الكلي في الذمة . فيجوز الاول دون الثاني ، اذ تبديل المال الخارجي بما في الذمة ليس مصلحة الغرماء .

[لايجوز للوصي التصرف المفوت للمالية]

ومن هنا أمكن القول بأن تصرف الوصي في الثلث أيضاً كذلك ، فلايجوز

له التصرف الذي يكون تفويت للمالية ، وأما التصرف الغير المفوت ـ مثل تبديل عين الثلث بشيء آخر مساو له في المالية مثل تبديل الحنطة بالدرهم ـ فيجوز اذا كان التصرف أمراً لايتفاوت الحال فيه بين الحنطة وقيمتها . كالاستيجار لقضاء الصوم والصلاة ، من غير فرق بين تصريح الوصي بالاذن في التبديل أو عدم الاذن رأساً . خلافاً للمحكي عن المحقق التستري الشيخ أسد الله .

فان قلت : ظاهر كلمات الاصحاب يأبى عما تقول . لان حق الديان ان كان مثل حق الرهن فقد صرحوا بعدم جواز البيع والعتق ونحوهما من التصرفات حينئذ مطلقاً كالتصرف في الرهن . وان كان مثل أرش الجناية فيجوز مطلقاً وينتقل الحق الى ذمة الوارث . كحق الارش بعد بيع العبد الجاني . وان كان حقاً ثالثاً فقد صرحوا أيضاً بجواز البيع وسائر التصرفات ، فالقول بجواز البيع اذا لم يترتب عليه ضرر على الغرماء مما يأباه كلامهم في الفروع .

قلت : ماذكرنا هو مقتضى التأمل في الادلة . لانا نعلم أن تعليق الارث بما بعد الدين في الايات والاخبار ليس الالاجل وصول حق الغرماء ، ومن الواضح ان مراعاة الوصول لايقتضي أزيد من منع الوارث عن التصرفات الضررية على الغرماء . وأما التصرفات الغير الضررية ـ مثل مايكون فيه مصلحة للغرماء أو للورثة من غير تفاوت فيه لحال الغرماء ـ فلايستفاد من الادلة .

واباء كلمات الاصحاب عنه أيضاً ممنوع . بل الظاهر أن البيع في كلامهم مثال عن كل تصرف ضرري لامطلق البيع . خصوصاً بملاحظة اقترانه بالعتق الذي ليس فيه مصلحة الغرماء .

فان قلت : الاحتمالات الثلاثة كيف تتصور حينئذ ؟

قلنا : تصويرها واضح ، وهو أن التصرفات الضررية التي تصدر من الوارث

باطلة ، يعني متوقفة على امضاء الغرماء على تقدير كونه كحق الرهانة وصحيحة على التقديرين الاخرين .

ولا يذهب عليك أن ما اخترنا يشبه القول بأن النزاع في القيمة دون أعيان التركة . فان الوارث أحق بهـا من جميع الناس على القول بالانتقال ، وحق الغرماء انماتعلق بمالية التركة ، فالتصرف الذاهب بالمالية يجيء فيه الاحتمالات الثلاثـة .

ثم اعلم أنه لافرق فيماذكرنا بين القول الاول ـ أعني عدم الانتقال ـ والقول الثاني ، فنقول : على القول الاول يجوز للوارث أيضاً التصرف في التركة ما لم يكن المقصود اضرار الغرماء أويترتب عليه الاضرار وان لم يكن مقصوداً ، ولا منافاة بين عـدم ملك الورثة للتركة وبين نفـوذ تصرفاتهم بالتصرف الغير الضرري بنص آية « اولى الارحام بعضهم أولى ببعض » . فان أولويتهم بالتركة ـ أي بأعيانها ـ تقتضي كمال أحقيتهم بها من غيرهم . خرج بحكم أدلـة الدين بعض مراتب الاحقية وهي الملكية . وأما الولاية في التقليب والتقلب بهـا على وجه لاينافي المنساق من أدلة الدين ومصبها ـ كالتقليب الغير الضار على الغرماء الغير المنافي لعلة عدم الملكية، أعني وصول حق الغرماء ـ فلم يقم دليل على خلافهـا .

[الكلام فى الدين غير المحيط بالارث]

هذه حال الدين المحيط . وأما غير المحيط فالكلام فيه : تارة في مقدار مقابل للدين من التركة ، وأخرى في الباقي . وفي كل منهما : تارة نتكلم أيضاً في ملكية الوارث ، وأخرى في تصرفاته .

أما ماعـدا المقابل فالظاهر عدم الاشكال والخلاف في كونـه ملكاً للورثة

الا ماسبق من المحقق القمي . وربما يتوهم أن ظاهر عبارة العلامة عدم الملكية هنا دون القسم الاول ـ أعني ماكان الدين فيه محيطاً بالتركة ـ وهو مع بعد صدوره عن العلامة بعداً لايعارضه صريح الكلام فلابد من تأويله فضلاعن ظاهره فانه ليس في العبارة دلالة عليه .

قال في ميراث القواعد : من مات وعليه دين مستوعب للتركة فالاقرب عندي أن التركة للورثة لكن يمنعون منها كالرهن حتى يقضى الدين ، وقيل يبقى على حكم مال الميت ولا ينقل الى الوارث ، وتظهر الفائدة في النماء . ولولم يكن مستوعبا انتقل الى الورثة مافضل عن الدين وكان ماقابله على حكم مال الميت وتكون التركة بأجمعها كالرهن ـ انتهى .

وفيه : ان معنى قوله « على حكم مال الميت » في العبارة الاخيرة أنه يبنى على حكم ماله ، فيجري فيه الخلاف المتقدم من حيث الانتقال الى الورثة أو عدم الانتقال ، وليس المراد به ماهو المراد به في العبارة المتقدمة ، أعني عدم الانتقال الى الورثة . ومنشأ الاشتباه تقدير متعلق « على » في العبارة الثانية نحو يبنى لايبقى ، والقرينة على ذلك سبق الاشارة الى الخلاف في المسألة ، لان ذلك يبين كون المتعلق في هذه العبارة يبنى لايبقى .

ولقد أصاب في محكي كشف اللثام بأصل المراد ، لكن بطريق آخر ، وهو تنزيل قوله « على حكم مال الميت » في الاخير على قول قبل السابق ذكره

وكيف كان فالمراد واضح اذا جردنا النظر عن كون المتعلق يبقى .

وأما جواز التصرف للوارث ففيه وجهان بل قولان . وقد عرفت قول العلامة في هذه العبارة بأن التركة تكون بأجمعها كالرهن . ولعله الاقرب والاشبه بالقواعد .

أما على القول بكون مقدار الدين في حكم مال الميت وأنه غير منتقل الى

الورثة . فلان مقدار الدين أمر كلي مساو في جميع أعيان التركة . فكل مايتصرف فيه الوارث من أعيان التركة فقد تعلق به حق الميت تعلق الكلي بالفرد لاتعلق الجزء بالكل . كتعلق حق الشريك بالمشترك فانه على نحو الاشاعة . بخلاف تعلق الكلي بالعين فانه ليس على هذا النحو . ولذا لايدخل عليه النقص اذا تلف شيء من أعيان التركة كما لايدخل النقص على مال المشتري صاعاً من صبرة اذا تلف شيء منها .

فان قلت : تعلق الكلي بالعين لايمنع عن التصرف فيها مطلقاً . بل اذا انحصرت في مقدار ذلك الحق الكلي . لانه اذا كان في غير المتصرف فيه سعة للكلي كان الكلي محفوظاً عن التصرف . ولذا يجوز للبائع في المثال المشار اليه التصرف في الصبرة مالم ينته الى الصاع فاذا انتهت اليه تعين كونه للمشتري . اذ لامصداق للصاع الكلي من الصبرة حينئذ سواه . فان تصرف فيه البائع فيرجع الى خيار التسليم أو تلف فيرجع الى مسألة تلف المبيع قبل القبض . وبالجملة اذا كانت عين أو أعيان متعلق بها حق كلي فمقتضى القاعدة جواز التصرف فيها مادام في تلك الاعيان سعة لذلك الحق . لان التصرف حينئذ ليس فيه بل في غيره . فلا وجه لعدم الجواز . فاذا انحصر مصداق ذلك الحق في فرد تعين كونه ذلك الحق الكلي . فلا يجوز التصرف لكونه تصرفاً في حق الغير

قلنا : فرق بين الكلي المتعلق بالصبرة وأشباهه وبين الكلي المتعلق بالتركة أعني الدين . لان هذا الكلي – أعني الدين – وجوده مانع عن استقرار ملك الوارث للفاضل وان لم يكن مانعاً عن أصل ملكه له . وذلك لما عرفت في تفسير الاية أن المراد بما بعد الدين أن التركة لاتنتقل الى الوارث الا حال كونها مع عدم الدين . فحال وجود الدين ولو كان غير مستوعب لايصدق على شيء من أعيان التركة عنوان ماترك حال عدم الدين وان أمكن أن يتصف بهذا العنوان

فيما بعد ، فاذا أراد الوارث التصرف في شيء من التركة جاء احتمال كونه من التركة حال وجود الدين أبدا واحتمال طرو صدق كونه من التركة حال عدم الدين ، بأن يصير الدين بعده معدوماً .

ولاجل مجيء الاحتمالين ومراعاة الاحتمال الاول يمنع عن التصرف فيه، فالتصرف في شيء من التركة مع وجود الدين معرض للضرر على الغرماء وان لم يعلم كونه ضررا فعلا ، لأنه ان أوفى الدين انكشف عن كون المتصرف فيه حقاً طلقاً للوارث ، لاتصافه بعد الاداء بكونه من التركة حال عدم الدين ، وان لم يوفه ولا حصل مبرىء آخر انكشف كون المتصرف فيه من التركة حال وجود الدين ، فينتقل الدين حينئذ الى ذمة الوارث مع تلف الباقي بآفة سماوية .

وقد عرفت أن انتقال العين الى الذمة ليس فيه مصلحة الغرماء ، فلايجوز، اذ لافرق في التصرف المنهي عنه بين كونه ضرراً أومعرضاً له ، بمعنى دورانه بين احتمال انتقال الدين الى الذمة فيكون ضررا وبين عدم الانتقال فلا يكون ضررا .

ولا يذهب عليك ان ماذكرنا لايرجع الى مختار القمي ، حيث قال بعدم انتقال الفاضل الى الورثة مع وجود الدين كما تقدم .

لانا نقول : ان الوارث يملك ما عدا الدين ملكا فعليا مع وجود الدين ، لكن ذلك أمر بحسب الواقع وأمابحسب الظاهرفهومحجور عن جميع التركة باعتبار عدم العلم بكون المتصرف فيه قبل الدين من مصاديق ماترك حال وجود الدين .

ولايخفى على من سدد النظرفي فهم ماقلنا أن الصاع من الصبرة ليس كذلك، لان بيع الصاع لايوجب اختصاص ملك البائع بالصبرة حال عدم الصاع ، لان قضية نقل الكلي من عين ليس أزيد من نقل ذلك الكلي على كليه الى المشتري ،

وأما كون وجود الصاع مانعاً عن ملك البائع أوعن استقرارملكه للصبرة فليس من مقتضياته .

فانكشف الفرق بين مانحن فيه وبين مسألة بيع الصاع من الصبرة ، واتضح أيضاً عدم الملازمة بين استحالة بيع الكلي كما قيل واستحالة سريان حق الديان الى تمام التركة كما توهم .

[هل تجب فطرة العبد اذا مات السيد وعليه دين ؟]

ومن الاحاطة بما قلنا يسهل الخطب في عبارة الشرائع في باب الزكاة ، حيث دلت على عدم وجوب فطرة العبد على الورثة اذا مات المورث بعد الهلال وعليه دين . ويتحقق المحاكمة فيما في تلك العبارة من اختلاف المشارب ، حيث أخذ المحقق القمي باطلاقه فجعله ناظراً الى ما اختاره من عدم نقل التركة الى الورثة مع الدين مطلقاً في المستوعب وغيره ، ووافقه صاحب المسالك في الاخذ بالاطلاق . فأورد عليه بأنه انما يتم على القول بعدم انتقال التركة الى الورثة لامطلقاً ، وحمله صاحب المدارك على صورة الاستيعاب تأويلا للاطلاق .

وجه كون ماقلنا استراحة عن جميع هذه الخيالات : ان التركة ليست ملكاً طلقاً مستقرا للوارث مع الدين ولو الغير المستوعب كما عرفت . والمناط في زكاة الفطرة هو الملك التام المستقر كما في زكاة المال .

والحاصل ان كل جزء من اجزاء التركة يحتمل لحوق صفة عدم الدين اليها ويحتمل عدم اللحوق . والمفروض أن ملك الوارث على القول بعدم انتقال مقابل الدين الى الوارث كما هو مذهب المحقق انما هو التركة في حال عدم الدين . فكل عين من أعيان التركة يحتمل دخوله تحت هذا العنوان فيما بعد فيكون ملكاً للوارث ويحتمل عدم الدخول ، كما اذا بقي الدين مع تلف سائر

التركة فيكون ملكاً للميت ، لانه اذا تلف الباقي من غير تفريط من الوارث يتعين كون الباقي للغرماء ، فقبل انعدام الدين لايمكن الحكم بالملكية للوارث في شيء من الاعيان .

وان شئت قلت : ان ماقابل الدين على كليه باق في ملك الميت حكماً ، ومقتضى كليه تساوي جميع أجزاء التركة اليه ، لانه يصدق على كل واحد من مصاديق ماقابل أنه مفهوم ماقابل وان صدق عليه أيضاً أنه غير ماقابل بجعل ماقابل غيره ، لكن صدق غير ماقابل عليه لايكفي بعد فرض صدق ماقابل عليه ، اذ لا مرجح لاحد العنوانين على الاخر . فينبغي الانتظار الى أن يتبين الحال بانعدام الدين وعدمه، فان انعدم تعين كونه ملكاً للوارث لكونه مصداقاً للتركة حال الانعدام، وان لم ينعدم ـ بأن تلف ماعداه من التركة ـ تعين كونه للميت ، لانحصار مصداق ماقابل الدين فيه في حال وجود الدين الى القول بأن الدين في الجملة مانع عن ارث مجموع التركة كما ذهب اليه المحقق القمي ، ولا الى تنزيل العبارة على الدين المستوعب كما عن المدارك . بل تم ذلك على القول بأن خصوص ماقابل لايدخل في ملك الوارث سواء كان الدين مستوعباً أم لا كما بينا .

هذا على القول بأن عدم انتقال ماقابل الى ملك الورثة . وأما على القول الاخر ـ أعني الدخول ـ فالظاهر أيضاً حجر الورثة عن مجموع التركة . وعلى هذا جرى في دين القواعد وميراثه حيث قال بأن التركة بأجمعها كالرهن بقول مطلق تارة وبالتصريح أخرى .

ومما ذكرنا ظهر الحال في فرع آخر ذكره في دين القواعد ، مثل أن الوارث لو تصرف في التركة ثم ظهر دين سابق أو تجدد الدين باعتبار وجود سببه في حال الحياة كالجناية ، فانه كالتصرف في حال العلم بوجود الدين .

كما ظهر أيضاً حال ما في بعض الروايات من أن الوارث لايتصرف في

التركة الا مع الضمان ، فان المراد بالضمان لابد أن يكون هو الضمان الشرعي الناقل لما في ذمة الميت الى ذمة الوارث فيعتبر فيه رضاية الغرماء ، وأما ضمانه من عنده فلا ينفع الا مع من أن يكون ملياً ويكون غرضه الوفاء والاداء .

ثم في الدين الغير المستوعب انما يمنع من التصرف اذا لم يكن الباقي بحسب العادة مأموناً من الزوال والاجاز . لان المناط في التصرف المنهي هو تفويت حق الغرماء أو كونه في معرض التفويت ، فحيث لاتفويت ولاتعريض جاز . والله العالم .

تـذنيب

(فى المطالب بحقوق الميت على الناس)

وفيه مسائل :

(الاولى) المطالبة والمحاكمة .

وهو جائز للغريم والوارث . لوجود المقتضي وهو كون الدعوى ملزمة وعدم المانع .

(الثانية) الاحلاف .

وهذا أيضاً مشترك بين الغريم والوارث . اذ لامانع منه بعد صحة الدعوى. ولايشترط في الاحلاف الا كون الدعوى مسموعة . قالوا: كلمايتوجه فيه الجواب على الخصم يتوجه اليمين .

(الثالثة) الحلف .

وهذا مختص بالوارث . فلايجوز للغريم . أما عدم الجواز له فلان اليمين لاتثبت مالا لغيره . والتركة اما ملك للوارث أوفي حكم مال الميت . وبالجملة

الغريم كالاجنبي ليس له ولاية على الميت وأمواله ـ وان كان له حق الاستيفاء من أمواله كما أن المرتهن أيضاً ليس له الحلف على اثبات الملك للراهن اذا ادعى على العين المرهونـة . وأما جوازه للوارث فلانه قائم مقام الوارث فله الولاية على أمواله . سواء قلنا بانتقـال التركة اليه أو قلنا ببقائه في حكم مال الميت ، أما على الاول فواضح وأما على الثاني فلانه وان لم تكن التركة ملكاً فعلياً له لكنه أولى بالميت وأمواله في المطالبة عن غيره بحكم آية تفضيل أولي الارحام بعضها على بعض .

ودعوى ان الحلف لايثبت ملكاً لغيره . فيها :

أولا ـ انه لاعموم في ذلك يعم المقام .

وثانياً ـ ان المراد أنها لاتثبت ملكاً لغير الحالف لأنها لاتثبت ملكاًلايكون للحالف . وبينهما فرق واضح . وما نحن فيه من الثاني ، لان حلف الوارث لايثبت ملكاً لاحد . أما للميت فواضح لعدم وجود حقيقة الملك بالنسبة اليـه ، وأما بالنسبة الى الغرماء فللاجماع على أن التركة ليست ملكاً للغرماء . نعم هو يثبت شيئاً يمكن أن يصير ملكاً للحالف أولغيره .

وثالثاً ـ ان الملك الثاني ثابت للورثة أيضاً ، لان الموت والنسب سببان للارث ، وبهذا الاعتبار أطلق الوارث على الوارث على القول بعدم الانتقال . وهذا في حكم الملك الفعلي من هذه الجهة . اذ القدر المعلوم من عدم اثبات الحلف ملكاً للغير أن يكون الحالف غير مالك للمحلوف عليه لافعلا ولاشأناً ، بأن لايكون سبب الملك موجودا أيضاً . وأما مع وجود سبب الملك فلا دليل على عدم جوازه بعد عموم أدلة اليمين المردودة .

هذا . ثم لوادعى الغريم وأحلف سقط حقه ممافي ذمة المدعى عليه ظاهراً وباطناً . فلا يجوز له المقاصة أيضاً ، كما تقدم في يمين المنكر من أنها تذهب

بما فيه . لكن حق الوارث لايسقط بهذه الدعوى ، فله الدعوى ثانياً ، فان أقام بينة أو شاهدا وحلف يثبت الدين .

وهل للغرماء حينئذ نصيب منه بعد حلف المدعى عليه لهم ؟ الظاهر عدم الاشكال في كون الدين حينئذ كسائر التركة بالنسبة الى تعلق حق الغرماء اذا استوفى ذلك الدين . لانه بعد الاستيفاء من جملة ماترك لايقال ذهب يمين المدعى بحق الغريم فكيف يتعلق حقه بذلك الدين الذي استوفاه الوارث .

قلنا : ذهاب اليمين بما فيه قد عرفت أنه ليس على وجه يبدل الواقع ويؤثر فيه على وجه يحرم معه التعرض سراً وجهراً كالمقاصة . فكل حكم من الاحكام لايعد ثبوته تعرضاً بحال الحالف لابأس من ترتيبه . ولا ريب أن الدين يتعلق واقعاً بالتركة . وترتيب آثار هذا الحكم قبل ثبوت الدين بعد حلف المدعى عليه للتغريم تعرض بحاله وتكذيب عملي لحلفه . وأما بعد ثبوت الدين ووجوده في الخارج وصيرورته في عنوان ماترك فليس العمل بمقتضاه تعرضاً بحاله .

هذا بعد الاستيفاء . وأما قبله ففي جواز مطالبة الغريم حينئذ اشكال في محكي القواعد : من أن اليمين ذهبت بمافيه فلاحق للغريم عليه . ومن صيرورة الدين بعد البينة أو الشاهد واليمين من جملة التركة .

كذا حرر وجه الاشكال في محكي كشف اللثام . والظاهر أن وجهه شيء آخر ، وهو أن مافي الذمة ليس على حد العين في صدق عنوان ماترك عليها ، لان كون مافي الذمة من جملة التركة عبارة عن ثبوت حق من الميت في ذمة المديون يكون صاحبه ومطالبه اثنان الغريم والوارث . فاذا سقط حق الغريم بحلف المديون كان معنى سقوطه سقوط ماكان له من حق المطالبة . فكيف يعود ذلك الحق الذاهب .

بخلاف كون العين من جملة ماترك ، فانه عبـارة عن اتصافها بصفة المالية كسائر الاعيان اما للوارث أو للميت حكماً ، فما في ذمة المديون قبل تعينه في الخارج ليس شيئاً قابلا لتعلق حق الغريم بعد فرض سقوط ماكان له من المطالبة ، وأما بعد التعيين الخارجي وتشخصه باستيفاء الوارث دخل تحت عنوان التركة التي هي مجمع حق الغريم والوارث . والله العالم .

فهرس الكتاب